Decis
48

Jurispr. p.

Rechtliche

Entscheidungen

der

iuridischen Fakultät

zu

Altdorf.

Verfaßt

von

D. Martin Wilhelm Goetz

der Rechte öffentlichem ordentlichen Lehrer auf der Königlichen Universität daselbst.

Nürnberg,

bei Jobst Wilhelm Wittwer

1808.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Euphrates affirmat, esse hanc philosophiae et quidem pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, iudicare, promere et exercere iustitiam, quaeque ipsi (philosophi) doceant, in usu habere.

PLIN. *Epist. I.* 10.

Vorrede.

Eine Sammlung rechtlicher Entscheidungen bringt, ihrer Natur nach, für die Erweiterung der Wissenschaft, nur selten einen bedeutenden Gewinn.

Deßhalb kann iedoch dergleichen Sammlungen eine manchfache Nützlichkeit nicht abgesprochen werden.

Gewiß muß es dem noch ungeübten Geschäftsmanne zur Berichtigung und Belebung seiner Kenntnisse dienen, wenn er die erlernte Theorie, nun in wirklichen Fällen, in ihrer Thätigkeit erblickt.

Und wollte er dergleichen Rechtsfälle, als ihm vorgelegte Aufgaben betrachten und seine

Auflösung derselben, mit den wirklich erfolgten Erkenntnißen und ihren Gründen prüfend vergleichen; so würde dies ohnfehlbar eine nützliche Vorübung zu Geschäften dieser Art seyn.

Entscheidungen eines bestimmten Gerichtshofs oder Spruchcollegiums scheinen noch überdies als Geschichte oder Chronik deutscher Justitzpflege in einer gewissen Zeit und Gegend, mit andern Specialgeschichten, z. B. der einer Stadt, einer Religionssecte, einer Feldschlacht oder eines einzelnen Menschen, Interesse und Werth zu theilen.

Wie Monographien der letztern Art — ihre Wahrheit vorausgesetzt — dem aufmerksamen Beobachter immer entweder zur Lehre oder zur Warnung gereichen; so können vielleicht auch Erzählungen, wie in bestimmten Fällen das Verfahren geleitet, welche ansehnliche Dauer manchem Processe gegeben, und wie verschieden die Gesetze zur Entscheidung desselben Streits angewendet worden; ähnliche Vortheile gewähren.

Nicht selten wird man daraus Mängel des Verfahrens, Mängel der Gesetze und leider! — denn irren ist der Menschheit Loos — auch Mängel der Anwendung kennen lernen.

Aber eben hiedurch kann die Aufmerksamkeit auf Verbesserung der Gesetze, auf Mittel, ihre Anwendung zu vervollkommnen, und auf ein einfacheres, zweckmäßigeres Verfahren bei Verhandlung der gerichtlichen Streitigkeiten, gelenkt werden; wovon besonders das Letzte, wie eines der dringendsten Bedürfnisse für mehrere Provinzen Deutschlands, so eine der schwehrsten Aufgaben für den Rechtsgelehrten und Staatsmann ist.

Dem Verfasser dieser kleinen Sammlung schien es daher eine nicht unnütze Beschäftigung, nach dem Beispiel anderer Mitglieder von Gerichtshöfen und Spruchcollegien, eine Auswahl aus der nicht geringen Anzahl von Fällen, wel-

che in einem Zeitraume von funfzehn Jahren, auf seinen Vortrag, von der hiesigen iuridischen Facultät entschieden worden, für den Druck zu bearbeiten.

Hiebei ist ieder Entscheidung eine kurze Sach- und Proceß-Geschichte vorgesetzt, dem Vortrag der Entscheidungsgründe die Facultätsform möglichst abgestreift, das minder Interessante oder ohne die Acten Unverständliche weggelassen und dagegen in Betreff der Litteratur einiges beigefügt worden. Durch Manchfaltigkeit der Fälle, besonders durch Aufnahme einiger ins Handelsrecht einschlagender Streitsachen, und durch Faßlichkeit des Vortrags, hoft der Verfasser billigen Wünschen entgegen gekommen zu seyn.

Wegen der Proceßkosten wollte derselbe nicht bei iedem einzelnen Falle, die Entscheidungsgründe anfügen, sondern behält sich vor, eine Uebersicht der Principien, welche die hiesige Facultät

in Ansehung dieses Gegenstands befolgt, entweder in einer eigenen Schrift, oder bei Fortsetzung dieses Werkchens, dem Publicum vorzulegen.

Sollte der Verf. hiezu Aufmunterung erhalten; so könnte derselbe dieser Fortsetzung einen Vorzug vor der gegenwärtigen Sammlung dadurch verschaffen, daß er seinen eigenen Aufsätzen, Entscheidungen einiger ehemaliger hiesiger berühmter Rechtslehrer, deren Facultätsarbeiten ihm zur Hand sind, nemlich eines Deinlein, von Heumann und Hoffer, — im Vortrag umgearbeitet — mit anfügte.

Dadurch würde zugleich die Lücke von 70. Jahren einigermassen ausgefüllt, welche in Hinsicht auf Publicität der neuern Altdorfischen Entscheidungen existiret, da nemlich vom Jahre 1738. an, ausser wenigen theils einzeln herausgegebenen, theils in die Beckischen Schriften aufgenommenen, von den hiesigen Fakultätserkenntnis-

sen, deren frühere Sammlungen die Note aufzählt *), nichts weiter im Drucke erschienen ist.

Altdorf den 11. April 1808.

---

*) Schon gegen Ausgang des 16ten Jahrhunderts, hat die juridische Fakultät zu Altdorf, rechtliche Entscheidungen und Gutachten auszustellen angefangen, welche seit 1593. unter dem ihr von den Curatoren der Academie ertheilten Facultätssiegel ausgefertigt werden. So häufig auch Gutachten und Entscheidungen von dieser Facultät, immer gesucht wurden; so sind doch nur wenige Sammlungen derselben im Druck erschienen.

Ich gedenke ihrer hier, weil die Nachrichten, welche der um die Nürnbergische und Altdorfische Litteratur so verdiente Will, in der Biblioth. Nor. (P. V. n. 409. sqq.) und in der Geschichte der Universität Altdorf (S. 81.) davon gegeben, nicht ganz genau und vollständig sind.

Die erste Sammlung lieferte Conrad Rittershus, unter dem Titel: Consilia s. responsa Altorfina de iure. Hanou. 1603. in 4. Es sind iedoch unter den 121. Gutachten, woraus sie besteht, auch 20. fremde Arbeiten, z. B. vom Marqu. Freher, Georg Remus, mitbegriffen.

Eben diese Rechtsfälle wurden, vermehrt mit Andreas Dinners Responsis, vom Nürnbergischen Consulenten Chsti. Leonh. Leucht herausgegeben: Consilia s. responsa iuris Altorf. — — antehac a Conr. Rittershusio edita — nunc consil. et respons. ex Andr. Dinneri MSS. locupletata; cura C. L. Leuchtii. Norimb. 1702. fol. Bald ließ Ebenderselbe einen zweiten Band drucken: Henr. *Linkens* Consilia s. responsa a facultate iurid. approb. — — collecta a C. L. Leuchtio. Nor. 1704. fol.

Nun folgte: Joh. Jodocus Beckens Decision. et Respons. Tom. I. Nürnberg 1734. 4.

Mit diesem beinahe zu gleicher Zeit erschien: Decisionum et Responsor. Volum. quod nom. Facultat. iurid. in Academ. Altorf. conscripsit *Christian. Henr. Freiesleben.* Norimb. 1734. 4.

Zwei Jahre später trat wieder Joh. Jod. Beck und zwar mit einer neuen Sammlung auf: Responsa iur. Criminal. et Ciuilia. Nürnb. 1736. In der Vorrede versprach er noch den II. Band zu seiner ersten Sammlung nächstens zu liefern, welcher aber eben so wenig, als ein ferneres Volum. Respons. Altorf. Heinr. Linkens, welches dessen Enkel, der Prof. Wilh. Friedr. Link, zum Druck bestimmt hatte (s. Wills Nürnb. Gel. Lex. unter W. Fr. Link) erschienen ist.

In beiden Beckischen Sammlungen sind auch blose Privatgutachten des Verfassers eingemischt.

Zuletzt gab noch Doktor S. A. Merklein Geo. Henr. Linkens Consilior. s. Responsor. Volumen &c. Norimb. 1738. fol. heraus.

Alle diese Sammlungen kommen darin mit einander überein, daß die Facultätsarbeiten gerade so, wie sie ursprünglich verfaßt waren, abgedruckt worden sind.

Einzelne gedruckte Gutachten und Entscheidungen der Altdorfischen iuristischen Facultät finden sich in Willii Biblioth. Nor. P. V. n. 411. 424. und P. VIII. n. 748. 749. 752—54. verzeichnet, welchen indeß noch manche beigefügt werden könnten.

Inhalt.

Seite

I. Vom Recht des Faustpfandgläubigers bei ausgebrochenem Concurse seines Schuldners.

1) Ist der Faustpfandgläubiger, bei ausgebrochener Zahlungsunvermögenheit seines Schuldners, das Faustpfand zur Concursmasse auszuliefern, schuldig?

2) Können die einem Gläubiger zum speciellen Unterpfand eingehändigten Schuldurkunden als Faustpfänder betrachtet werden?

3) Ist der Inhaber solcher Schuldverschreibungen zur Auslieferung derselben an die Concursmasse, auch dann verbunden, wenn ihm diejenigen Activposten, worüber die Schuldscheine verlauten, auf den Fall nicht erfolgender Zahlung, abgetreten sind; jedoch der Concurs, noch vor Eintritt des Zahlungstermins, ausgebrochen ist? - - 1

Seite

II. 1) Von der rechtlichen Wirkung der Handschriften-Vergleichung.

2) Von der Befugniß und Pflicht des Richters, die Eydesformel von Amtswegen zu verbessern. - - - - - 28

III. Hat der Indossant gegen den Indossatar die Wechselregreßklage? - - - 39

IV. Kann ein Fallite, während der Dauer des über sein Vermögen ausgebrochenen Concurses, gültige Wechsel ausstellen? - - - 53

V. Ist ein Fuhrmann, welchem bei Schließung des Fracht-Contracts, der Auftrag geschehen war, die vom Spediteur ausgelegten Spesen beim Waaren-Empfänger einzucassiren, zur eigenen Zahlung dieser Spesen verpflichtet? wenn er, ohne Letztre erhalten zu haben, die Frachtwaare an den bestimmten Empfänger ausgeliefert hat? - - 64

VI. Kann der letzte Spediteur sich wegen der Spesen, an den Empfänger und Eigenthümer der spedirten Waare halten? - - 75

Seite

VII. Von der Clausel: rebus sic stantibus; ingleichen von der Wirkung einer alternativischen Bitte, in Fällen, wo wegen einer nicht alternativischen Bitte geklagt wird - - 83

VIII. Von den Fütterungskosten bei Redhibition eines nicht ganz unbrauchbaren Pferds.

1) Können dieselben gefodert werden?

2) Findet hiegegen die exceptio compensationis, blos wegen des vom Redhibenten gemachten wirklichen oder auch wegen des möglichen Gebrauchs eines solchen redhibirten Pferds, statt? - - - - 95

IX. Von der Einrede der Unbrauchbarkeit der gelieferten Kaufmanns-Waaren. - - 108

X. 1) Ist der Erbe die von seinem Erblasser verwirkte Conventionalstrafe zu bezahlen, schuldig?

2) Wird eine auf den Fall, da der Vergleich gerichtlich oder aussergerichtlich angefochten würde, bestimmte Conventionalstrafe, auch durch Nichterfüllung oder Uebertretung des Vergleichs, in einem oder dem andern Puncte verwirkt?

Seite

3) Was wirkt die Obrigkeitliche oder Gerichtliche Bestätigung der Verträge? - - 117

XI. 1) Kann der Iniuriant zur Privatgenugthuung und öffentlichen Strafe zugleich verurtheilt werden?

2) Können die Erben des Beschimpften fodern, daß die ihrem Erblasser zuerkannte Abbitte, nach dessen Tod, ihnen geleistet werde? 129

XII. 1) Wie kann es dem Käufer verpachteter Güter zur Pflicht gemacht werden, die Pachtiahre auszuhalten?

2) Vertrags-Rechte und Verbindlichkeiten erstrecken sich ordentlicher Weise nicht auf Dritte. - - - - - 145

XIII. 1) Kann ein Gutskäufer, welcher den vom Verkäufer geschlossenen Pachtcontract nicht anerkennen will, nicht dessen ungeachtet auf die Pachtgelder klagen, wenn der Pachter, noch nach dem Kaufsabschlusse, die Güter benutzt hat?

2) Sollte er diese Pachtgelder nicht als billige Vergütung für die vom Pachter widerrechtlich bezogenen Gutsfrüchte fodern können? 175

Seite

XIV. Vom Retractsrecht aus der Verwandtschaft.

1) Vom Beweise desselben.

2) Ob es auf einem allgemeinen Gewohnheitsrechte in Deutschland beruhe? - - 187

XV. 1) Von der Erbfähigkeit einer zur Zeit des Absterbens des Testators noch nicht erzeugten Person.

2) Sind unter der Erbseinsetzung sämmtlicher Kinder einer bestimmten Person, auch die von derselben erst nach dem Tod des Testators Erzeugten mitbegriffen? - 201

XVI. 1) Ist der Gläubiger befugt, von rückständig gebliebenen Capitalzinnßen, Verzugszinnße oder doch das Interesse morae zu fodern?

2) Wenn ihm Letztres von einem Zinnsrückstandsposten rechtskräftig zuerkannt worden; kann er sodann nicht auch von fernern Zinnsrükständen desselben Capitals, Verzugszinnße oder doch das Interesse morae, ex re iudicata, fodern? - - - - - 234

XVII. Vom Beweise des unvordenklichen Besitzstands. - - - - - - 243

I. Ist

Bayerische Staatsbibliothek München

I.

I) Ist der Faustpfand-Gläubiger, bei ausgebrochener Zahlungsunvermögenheit seines Schuldners, das Faustpfand zur Concursmasse auszuliefern, schuldig?

II) Können die einem Gläubiger zum speciellen Unterpfand eingehändigten Schuldurkunden als Faustpfänder betrachtet werden?

III) Ist der Inhaber solcher Schuldverschreibungen zur Auslieferung derselben an die Concursmasse, auch dann verbunden, wenn ihm diejenigen Activposten, worüber die Schuldscheine verlauten, auf den Fall nicht-erfolgender Zahlung, abgetreten sind? jedoch der Concurs, noch vor Eintritt des Zahlungstermins, ausgebrochen ist?

---

§. 1.

Als im J. 1803. über des Fürstlich H. . . L. . . Steuer-Sekretärs B. Vermögen Concurs ausgebrochen war; so wurden diese Fragen zwischen dem Bevollmächtigten (Mandatario communi) der B. Gläubigerschaft einerseits, und denjenigen Gläubigern, welchen der Steuersekretär B. mehrere seiner Activ-Capitalien speciell verpfändet, auch die darüber verlautenden Schuldurkunden behändigt hatte, andererseits, streitig. Bei verschiedenen dieser Streitigkeiten war der fürstl. Fiskal interueniendo aufgetreten. Dies

veranlaßte, daß diese Acten schon zum Erkenntniß in erster Instanz, auswärts versendet wurden.

§. 2.

I) In Ansehung der ersten Frage giebt es, wie bekannt, vornemlich dreierlei Meinungen unter den Rechtsgelehrten.

1) Einige behaupten, in Beziehung auf

leg. 9. §. 3. Dig. de pignerat. act.

leg. 4. Cod. de pignor. et hypoth.

der Concurs ändere nichts an den Rechten eines Faustpfand-Gläubigers, die Concursmasse trete in die Rechte des Gemeinschuldners und könne folglich, wie dieser, das Faustpfand, nur nach bezahlter Schuld, zurückfodern. Diesemnach seye der Inhaber von Faustpfändern nich verpflichtet, in den über seines Schuldners Vermögen entstandenen Concurs sich einzulassen, vielmehr berechtigt, sich an sein Unterpfand ausschließlich zu halten, und mittelst desselben, ausserhalb des Concursprocesses, sich bezahlt zu machen.

Meu. Decis. P. II. dec. 287. P. VII. d. 250.

ICti Tubing. Vol. VII. cons. 19. n. 34.

Cramer. Obseruat. iur. univ. T. I. Obs. 336.

Kind de retent. pignoris in concursu creditor. (Lips. 1785.) §. 2.

Walch. Controuers. iur. ciuil. (edit. III.) p. 789. §. 3.

(V. Trütschler) Lehre v. d. Präclusion bei entstand. Concurs. d. Gläubiger S. 30.

Chsti. Gmelins Lehre v. materiell. Concurs d. Gläubig. §. 27.

Chsti. Gottl. Gmelins Ordn. d. Gläubig. Cap. IV. §. 34.

Happels Recht d. Gläubiger in Anseh. d. Faustpfänder. Gieß. 1802.

Desselb. Erörter. der beim Concursproc. vorkommenden wichtigst. Gegenst. Gieß. 1803.

§. 3.

2) Andere Rechtsgelehrte sind, vorzüglich wegen der Universalität der Concurs-Gerichtbarkeit, und wegen der Connexität, welche durch den Concurs, unter den Foderungen sämmtlicher Gläubiger entstehet, dann ferner, weil alle Gläubiger, in Gemäßheit des Prioritätsurtheils, ihre Befriedigung aus den Händen des Richters erhalten sollen, und weil, bei der entgegengesetzten Meinung, auch den Hypothekargläubigern ein gleiches Absonderungsrecht gebühren müßte, des Dafürhaltens, daß der Faustpfand-Gläubiger sich schlechthin, unter allen Umständen, in den Concurs einlassen müsse *).

Salg. de Samoza in Labyrinth. creditor. P. I. c. 11. n. 14.

Trg. Thomas. de iure retinendi pignus in concursu creditor. Lips. 1744.

*) Diese Meinung ist, ausser manchen andern Particulargesetzen, durch das Baiersche Recht bestätigt. Cod. iur. bau. ciuil. P. II. cap. 6. §. 13. n. 6. Cod. iur. bauar. iudic. cap. 20. §. 9. n. 5.

Claproths summar. Proc. S. 79.

I. Fr. Hesse de creditore pignus ad mass. concurs. ante crediti solutionem conferre obligato. Gött. 1769.

Webers Beiträge z. Lehre vom stillschweig. Convent. Pfandrecht III. §. 21. und Not. 43. (in dess. Versuch. üb. d. Civilrecht S. 195. 96.)

Stepfs Systemat. Lehre v. Contradictor §. 88. folg.

Dabelows Ausführl Entwickel. der Lehre v. Conc. Proc. (Halle 1801.) S. 682. fg.

Gönners Handb. des gemein. deutsch. Process. (1. Ausg.) B. I. N. 25. §. 2.

§. 4.

3) Noch Andre haben sich für eine Mittelmeinung erklärt, indem sie den Faustpfand-Gläubiger nur alsdann, wenn ältere Hypothecargläubiger vorhanden sind, die ihm nach bekannten Rechten vorgehen,

l. 2. l. 12. pr. et §. ult. D. Qui potior. in pign. l. 2. et 4. Cod. eod.

zur Einlassung in den Concurs für verpflichtet achten,

Meu. P. I. dec. 141. P. IV. dec. 83. P. VIII. dec. 250.

Berger. Elect. disceptat. forens. Suppl. P. I. tit. 39. Suppl. 14.

Leyser. Medit. ad Pand. Spec. 231. med. 1. 2.

Mayer de eo, quod moto concursu circa pignus, in cuius possessione creditor est, iustum est. th. 6.

Gewissermassen gehören auch die vorhin angeführten beiden Gmelin unter die Anhänger dieser Meinung, weil sie ihrer allgemeinen verneinenden Behauptung gleichwol den Zusatz angefügt haben:

Sie (die Faustpfandgläubiger) können aber damit (mit ihrem Retentionsrecht) den ältern Pfandgläubigern keinen Schaden thun, sondern diese können nichtsdestoweniger mit der Pfandschaftsklage eine Sache, auf welcher der andere hält, zurückfodern, weil sie nicht anders, als unbeschadet der zuvor darauf haftenden Pfandrechte, verpfändet werden konnte.

§. 5.

Die hiesige Fakultät ist einestheils wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des deutschen Concursprocesses, und der dadurch unter den Gläubigern entstehenden Gemeinschaft, anderntheils weil blos verpfändete Sachen noch zum Eigenthum des Gemeinschuldners gehören, der Concursrichter über die Rangordnung sämmtlicher Pfandgläubiger entscheiden soll, und den Faustpfändern vor andern Hypotheken, ein besonderes Vorzugsrecht in den Gesetzen nirgends eingeräumt ist, der zweiten Meinung (§. 3.) zugethan, welche neuerer Zeit vom Herrn Prof. Dabelow sehr gründlich ausgeführt worden.

s. dess. Ausführl. Entwickl. S. 682.

Die Edictal-Citation, welche den Römern ganz unbekannt war, fordert alle diejenigen, welche ge-

genwärtig an dem Schuldner etwas zu fordern haben, auf, ihre Forderungen bei Strafe der Ausschließung anzugeben. Der Concurs der Gläubiger erzeugt ferner bei uns eine so absolute Gemeinschaft unter den Gläubigern, daß durchaus keiner von ihnen mehr abgesondert befriedigt werden kann. Er suspendirt alle Rechtsmittel, sowol gerichtliche als aussergerichtliche, welche eine abgesonderte Befriedigung bewirken können. Er bringt daher eine viel engere Gemeinschaft hervor, als nach dem Röm. R. hervorgebracht wurde. Da nemlich ieder Gläubiger, der mit seiner Forderung nicht von der Concursmasse ausgeschlossen seyn will, sich nothwendig beim Concurs-Richter melden muß, und, sobald er sich gemeldet hat, nicht anders, als nach der in den Gesetzen bestimmten Ordnung, befriedigt werden darf, und ferner alles, was der Schuldner iezt eigenthümlich besitzt oder zu fordern hat, zur Concursmasse gehört: so folgt daraus, daß

1) ein Gläubiger, der bereits vor dem Ausbruch des Concurses, in eine dem Schuldner gehörige Sache immittirt war, solche räumen und zur Concursmasse einliefern muß;

2) daß kein Gläubiger, der ein Faustpfand erhalten hat, die verpfändete Sache zurück behalten und sich daraus abgesondert befriedigen darf.

§. 6.

Die zur Begründung der ersten Meinung (§. 2.) angeführten Gesetzstellen kommen hiegegen nicht in

Betrachtung. Sie enthalten blos über das einfache Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner rechtliche Bestimmungen. Sie haben blos den Fall vor Augen, da die verpfändete Sache, unter Aufhebung des pfandschaftlichen Nexus, an den Schuldner, zu seiner freien Verfügung zurückgegeben werden soll.

Eine solche Zurückgabe kann freilich nur alsdann gefodert werden, wenn der Pfandgläubiger seine Bezahlung erhält oder auf andere Weise zufrieden gestellt wird.

Allein ganz andere, zum Theil ganz entgegengesetzte Verhältnisse walten ob, wenn die Concursmasse die Auslieferung der Faustpfänder fodert.

Hier streiten nicht Schuldner und Gläubiger, sondern der Faustpfandgläubiger und die übrige Mitgläubigerschaft. Hier wird die Aushändigung des Unterpfands, wenn gleich die Mitgläubigerschaft darauf den Antrag macht, in der That nicht an einen Privatmann, noch weniger zur willkührlichen Verfügung desselben, und am allerwenigsten in der Absicht gefodert, daß der pfandschaftliche Nexus, zum Nachtheil des Faustpfandgläubigers, aufhören soll.

Sondern es soll die Auslieferung an das Concursgericht, unter Fortdauer der pfandschaftlichen Rechte des bisherigen Besitzers, blos zu dem Zwecke geschehen, damit die Location sämmtlicher Gläubiger

des Gemeinschuldners, und die Vertheilung der Masse, nach Vorschrift der Gesetze verfügt werden möge.

Die oberwähnten Verordnungen können daher nicht so schlechthin auf den Fall des Concurses angewendet werden, zumal da unter der Mitgläubigerschaft ältere Pfandgläubiger seyn können, welchen der Vorzug vor allen jüngern, selbst wenn einem der Letztern der Besitz des Unterpfands eingeräumt ist, bekanntermassen gebühret. Hierüber könnte aber das Concursgericht nicht urtheilen, geschweige die erforderliche rechtliche Verfügung machen, wenn der Besitzer in den Concurs sich einzulassen nicht verbunden, vielmehr iure separationis, aus seinem Unterpfande sich bezahlt zu machen, befugt wäre.

§. 7.

Eine dergleichen Befugniß wäre auch mit der

leg. 6. §. 7. Dig. Quae in fraud. credit.

nicht zu vereinigen. Denn nach dieser Gesetzstelle, kann zwar ein Gläubiger, ungeachtet der ihm bekannten Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens, von seinem Schuldner,

antequam bona debitoris possideantur,

noch Zahlung annehmen; dahingegen solches, **nach ausgebrochenem Concurse**, durchaus nicht statt findet:

Qui uero (heist es daselbst weiter) *post bona possessa* debitum suum recepit; hunc in portio-

nem uocandum exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

Offenbar wäre aber dieses auch bei demjenigen Gläubiger der Fall, welcher, aus dem Faustpfand, nach schon ausgebrochenem Concurse, sich eigenmächtig bezahlt machte.

§. 8.

In den vorliegenden Fällen mußten die Erkenntnisse um so mehr gegen die Faustpfandgläubiger ausfallen, da es nicht an ältern oder sonst vorgängigen Hypothecargläubigern mangelte und selbst der fürstl. Fiskus beträchtliche Foderungen liquidirt hatte.

Und obwol die Inhaber der Faustpfänder sich darin gründeten, daß auf den ihnen verpfändeten Obligationen kein älteres specielles Pfandrecht hafte; so konnte ihnen solches doch keinen Vortheil gewähren, da, nach bekannten Rechten, eine allgemeine Hypothek auf alle gegenwärtige und künftige Güter des Schuldners (worunter auch die Gegenstände späterer specieller Verpfändungen begriffen) sich erstreckt,

l. 34. §. 2. D. de pignorib.

l. 9. Cod. Quae res pignori &c.

Hert. de different pignor. general. et special. cap. I. §. 3.

folglich der jüngere, wenn schon mit einem Specialunterpfand versehene Gläubiger dem durch eine ältere

allgemeine Hypothek Gesicherten, der Regel nach, nicht vordringen kann,

l. 2. D. Qui potiores in pign.

l. 6. Cod. eod.

Reinh. Bachou. de pignor. et hypoth. Lib. IV. cap. 5.

Koch. de concursu hypothecae special. et general. Giess. 1782.

vielmehr dem ältern Pfandgläubiger das Pfand- und Zurückfoderungsrecht, selbst an denienigen Gegenständen, welche einem creditori sibi uigilanti an Zahlungsstatt überlassen worden, unstreitig verbleibet.

l. 16. §. 3. D. de pignor.

l. 22. §. 6. C. de iure delib.

Oeltze de creditore sibi uigilante. (Ien. 1770.) §. 31.

§. 9.

Eben so wenig konnte die Rechtsregel:

Possidentis conditio est melior;

den Faustpfandgläubigern zu statten kommen. Denn einestheils sezt diese Regel das Verhältniß übrigens gleicher Rechte voraus,

l. 10. D. de pignorib. et hypoth.

Si debitor res suas *duobus simul* pignori obligauerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent — — inter ipsos si quaestio moueatur; possidentis meliorem esse conditionem.

welches Verhältniß dermal nicht vorhanden ist, da ältere und jüngere Pfandgläubiger miteinander streiten. Anderntheils ist in der

leg. 13. §. ult. D. Qui potiores &c.

die ausdrückliche Vorschrift enthalten, daß der ältere, wenn gleich nicht besizende Pfandgläubiger, dennoch vor dem Jüngern, welcher das Unterpfand besitzet, aus diesem seine Befriedigung erhalten soll.

§. 10.

Besonders war an dem Vorgangs-Rechte des fürstl. Fiskus nicht zu zweifeln, da wenigstens einige von desselben liquidirten Foderungen in die Classe der Contracts- und Rechnungsrecesse gehörten, nun aber das hohenlohische Landrecht

Tit. XI. §. 14. n. 2. und §. 15.

solche Foderungen des fürstlichen Fiskus in die IIte Classe, hingegen blose Privathypothecken (und nur dergleichen hatten die beklagten Faustpfandgläubiger) in die IIIte Classe locirет wissen will. Und da das Römische Recht, dem Fiskus, noch ausser dem stillschweigenden Unterpfand in den Gütern seines Schuldners,

l. 46. §. 3. D. de iure fisci.

Fiscus semper habet ius pignoris.

l. 1. et 2. Cod. in quib. causl. pignus &c.

das besondere Vorrecht ertheilt, selbst die noch vor ausgebrochenem Concurse, aus dem ihm verpfändeten

Vermögen, an nachgängige Gläubiger bezahlte Summen, sogar ohne Unterschied, ob dieselben bereits consumirt oder nicht? zurück zu fodern,

l. 18. §. 10. et l. 21. D. de iure fisci.
l. 5. Cod. de priuil. fisci.
Leyser. cit. I. spec. 497. m. 1. 2.
Oeltze in diss. cit. §. 27—29.

so muß derselbe noch vielmehr, die Auslieferung blos verpfändeter Capitalbriefe an die Concursmasse zu fodern, berechtigt seyn.

§. 11.

Es wurde daher, in mehrern solchen Streitigkeiten, was die Hauptsache betrift, auf gleichförmige Weise erkannt:

daß die erhobene Klage für statthaft zu achten, mithin der Beklagte, Einwendens ungehindert, die libellirten B. Activobligationen, zusammen . . . . fl. betragend, iedoch unter Vorbehalt der ihm daran zustehenden pfandschaftlichen Rechte, an die Steuersekretär B. Concursmasse auszuliefern, schuldig seye.

§. 12.

II. Bei den erzählten Streitigkeiten konnte allerdings der Zweifel entstehen, ob die verpfändeten Schuldbriefe als Faustpfänder zu betrachten seyen?

Daß Activcapitalien ein Gegenstand der Verpfändung (im weitern Sinne des Worts) und zwar

nicht blos der allgemeinen, sondern auch der besondern, seyn können; ist freilich keinem Streit unterworfen.

l. 18. pr. Dig. de pigner. act.

l. 7. Cod. de heredit. u. act. uend.

l. 4. C. Quae res pignori obligari poss.

§. 13.

Allein zum Unterpfand im engern Sinne, wobei dieses der Hypothek entgegen gesetzt wird, und insbesondere zum sogenannten Faustpfand ist schon nach dessen Begriff, erfoderlich, daß die verpfändete Sache dem Gläubiger wirklich eingehändigt werde. So Ulzian

in l. 9. §. 2. D. de pigner. act.

Proprie pignus dicimus, *quod ad creditorem transit:* hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem.

l. 238. §. 1. D. de uerb. sign.

"*res*, quae *pignori* dantur, *manu traduntur*."

Hofacker. Princ. iur. ciu. Rom. Germ. §. 1165.

Thibaut Syst. d. Pandekt. R. (2te Aufl.) §. 637.

Dies war aber und konnte, in Ansehung der B.schen Capitalfoderungen oder des Foderungsrechts selbst, nicht geschehen, sondern nur die darüber verlautenden Schuldurkunden waren den Gläubigern eingehändigt worden.

Auch läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten, daß eine Urkunde den Gegenstand, worüber sie verlautet, dergestalt repräsentire, daß man durch ihren Besitz, sofort auch den Besitz des in ihr gegründeten Rechts oder derienigen Sache erlange, wozu das Recht aus ihr erweislich ist.

§. 14.

Da indeß ausstehende Capitalien, unter gewissen Voraussetzungen, zum beweglichen Vermögen gerechnet werden können,

Leyser. Medit. ad Pand. Spec. 26. m. 2.

Voet. Comment. ad Pand. Lib. I. tit. 8. §. 27.

Pufendorf. Obseruat. iur. uniu. T. III. Obs. 174. §. 8.

Hellfeld. de reb. mobilib. et quae illis accenseantur. Cap. I. (in Opusc. n. VIII.)

da ein dergleichen Foderungsrecht physisch nicht übergeben werden kann, in solchen Fällen aber eine symbolische Uebergabe mit der eigentlichen Tradition von gleicher Wirkung zu seyn pflegt,

arg. leg. 1. Cod. de donat.

§. 45. Inst. de rer. diuis.

l. 74. D. de contrah. emt. uend.

Hofmann. de tradit. symbol. Lib. III. §. 1.

da ferner bei testamentlich verschafften, verkauften oder an den Schuldner zurückgegebenen Schuldverschreibungen, nach klarem Inhalt der Gesetze, als Gegen-

stand des Geschäfts, nicht die genannte Schrift, sondern diejenige Foderung, worüber sie verlautet, zu betrachten ist,

l. 59. D. de legat. III. l. 44. §. 5. de legat. 1.

l. 3. §. 1. D. de liberat. leg. l. 2. §. 1. de pact.

Averan. Interpretat. iur. Lib. III. cap. 10. §. 3.

da, nach andern Vorschriften der Gesetze, der Pfandgläubiger, bei nicht erfolgender Zahlung seines Schuldners, mittelst des ihm behändigten Schuldscheins, sogar die verpfändete Foderung eintreiben kann, ohne hiezu einer Cession zu bedürfen,

l. 18. pr. D. de pigner. act.

l. 4. Cod. Quae res pignori &c.

Westphal vom Pfandrecht §. 141.

und da bei einem ieden Geschäfte, besonders den Verpfändungen, auf die Absicht der Contrahenten zu sehen,

l. 9. Cod. Quae res pignori &c.

cum ſit iuſtum, *uoluntates contrahentium magis, quam uerborum conceptionem* inſpicere.

diese aber, bei Verpfändungen von Schuldscheinen, keine andere ist, als daß der Gläubiger, mittelst derienigen Activfoderung, worüber die Schuldurkunde spricht, für sein Darlehn Sicherheit erhalten auch in den Stand gesezt werden solle, durch dieselbe sich allenfalls bezahlt zu machen; so leidet es wol keinen Zweifel, daß Activfoderungen und Schuldscheine, wenn

Letztere dem Gläubiger in der Absicht übergeben werden, um ihm wegen seines Darlehns Sicherheit zu verschaffen, die Stelle eines sogenannten Faustpfands füglich vertreten können.

I. H. Böhmer. Consult. et decis. T. III. P. 2. dec. 14. n. 8.

Pütters Auserles. Rechtsfälle B. III. Th. 3. N. 299. S. 746. fgg.

Quistorps Rechtl. Bemerk. Th. I. Bem. 42.

Die hiesige Fakultät, obwol mit dieser Meinung einverstanden, hatte indeß nicht Ursache, sich hierüber zu verbreiten, weil sie dem Faustpfandgläubiger ohnehin, im Falle des Concurses, ein Absonderungs-Recht nicht zugestehet.

§. 15.

III. Bei einem der beklagten Inhaber verpfändeter Schuldurkunden, dem Cronenwirth K. zu W. trat das eigene Verhältniß ein, daß der ihm vom Steuersekretär B. ausgestellten Schuld- und Pfandverschreibung eine eventuelle Cession der verpfändeten 11. Activposten angefügt war, in folgenden Worten:

Alles Benannte cedire in voller Rechtskraft an gedachten Herrn K. dergestalt, daß im Fall ich mit der bestimmten Zahlung nicht einhalten werde, derselbe Macht und Gewalt haben soll, alles Obige (nemlich die 11. specificirten Activcapitalien) als sein

sein Eigenthum zu betrachten, und damit zu schalten und zu walten, wie ihm beliebt ꝛc.

Dieser Beklagte glaubte daher zur Auslieferung der ihm verpfändeten Activposten an die B. Concursmasse, selbst in dem Falle, da andre Faustpfandgläubiger hiezu rechtlich angehalten werden könnten, gleichwol nicht verpflichtet zu seyn, weil

1) ihm ermelte Capitalien vom ietzigen Gemeinschuldner, schon damals, als derselbe noch die freie Vermögensverwaltung besaß, auf den Fall, da mit der bestimmten Zahlung nicht eingehalten würde, eigenthümlich abgetreten worden, auch

2) dieser Fall oder die Bedingung der eventuellen Cession wirklich eingetreten seye, da nemlich über des Steuersekretärs B. Vermögen, einige Monate nach Ausstellung erwähnter Urkunde, der Concurs ausgebrochen ist, eben hiedurch aber B. die freie Verfügung über sein Vermögen verlohren hat, somit ohne weiters gewiß war, daß derselbe im bestimmten Zahlungstermin, mit der versprochenen Schuldtilgung nicht einhalten werde und könne; welches sich zum Ueberfluß, durch den Erfolg bestätigte.

§. 16.

3) Hiebei schiene dem Beklagten der rechtliche Grundsatz zu statten zu kommen, daß die erfüllte Bedingung auf den Anfang des Geschäfts zurück zu ziehen seye, wodurch die Sache in den

Zustand kommt, als ob der bedingt-geschlossene Vertrag gleich Anfangs unbedingt (pure) eingegangen wäre.

l. 8. pr. Dig. de peric. et commodo rei uend.

l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. D. Qui potior. in pign.

l. 16. D. de solut.

l. 144. §. 1. D. de reg. iur.

Glücks Erläut. der Pandect. B. IV. Abtheil. 2. §. 337. d.

Malblanc. Princ. iur. Rom. §. 269. IV.

In Anwendung dieses Grundsatzes wären die eventuell cedirten Capitalien nicht erst als bei oder nach Ausbruch der Bn. Insolvenz abgetretene Foderungen, sondern als solche zu betrachten, welche schon zur Zeit der ausgestellten Cessionsurkunde, d. i. beinahe 7. Monate vor der im Bn. Schuldenwesen erlassenen Edictalcitation, schlechthin abgetreten worden seyen.

§. 17.

4) Dies als richtig vorausgesetzt, folgte dann weiter, daß oftgedachte Capitalfoderungen, zur Zeit des ausgebrochenen Bn. Concurses, nicht mehr zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörig gewesen, vielmehr noch vorher in das Eigenthum des Beklagten übergegangen seyen, und daß es sonach an allem rechtlichen Grunde mangele, die in Frage stehenden Activ-Schuldscheine zur Bn. Concursmasse zu ziehen.

§. 18.

5) Nach diesen Voraussetzungen war auch die Paulianische Klage hier unbrauchbar, weil iene Capitalien dem Beklagten keineswegs durch einen lucrativen Titel, sondern an Zahlungsstatt überlassen worden sind, und der zu Begründung dieser Klage erfoderliche animus fraudandi creditores,

l. 1. pr. l. 6. §. 8. l. 10. Dig. Quae in fraud. creditor.

l. 5. Cod. de reuoc. his, quae in fraud. creditor.

Haenlein. de act. Paulian. natura, requisit. &c. (Onold. 1785.) §. 13.

weder dem Cedenten, noch dem Cessionar zur Last fällt. Denn der bezahlende Schuldner hatte nur seine Befreiung von der Verbindlichkeit, nicht aber die Beschädigung eines Dritten

l. 21. pr. D. de pecul.

und der die Bezahlung annehmende Gläubiger hatte nur die Erlangung des Seinigen zur Absicht. Da nun der beklagte Cessionar durch die abgetretenen Capitalien, in der That nichts mehrers, als die schuldige Bezahlung seiner rechtmäßigen Darlehnsfoderung erhalten habe; so müsse wol zu seinem Besten

l. 6. §. 7. D. Quae in fraud. creditor.

Sciendum — — qui debitam pecuniam recepit, *antequam* bona debitoris possideantur, quamuis sciens prudensque soluendo non

esse recipiat, non timere hoc edictum; sibi enim uigilauit.

ihre Anwendung finden.

§. 19.

Es konnten iedoch alle diese Gründe den Beklagten von Auslieferung der Schuldscheine zur Bn. Concursmasse nicht befreien.

1) Da die Abtretung der Capitalien nur auf den Fall geschehen war, wenn der Schuldner mit der bestimmten Zahlung d. i. nach dem Zusammenhange: im bestimmten Termine mit der Zahlung nicht einhalten würde; so war es nicht ausser allem Zweifel, ob, selbst nach Absicht der Paciscenten, die eventuelle Cession auch im Falle eines noch vor dem Zahlungstermin ausbrechenden Bn. Concurses, habe eintreten sollen, zumal ein dergleichen ausserordentliches, und bei des Bs. großem Credit gewiß sehr unerwartetes Ereigniß, wenigstens in Hinsicht auf den Stipulator, für ein non-cogitatum, wovon Verträge nicht zu verstehen sind,

l. 5. D. de transact.

l. 16. §. 3. D. de testament. tutela.

zu achten, allenfalls im Zweifel die Auslegung gegen den Beklagten, als denienigen, in dessen Kräften es stand,

legem apertius dicere

l. 39. D. de pact.

l. 38. §. 18. l. 99. D. de uerb. oblig.

Boehmer. de interpretatione facienda contra eum, qui clarius loqui debuisset.

Steeb (*Kapf*) de quaest. quis sit is, qui in conuent. ambigua clarius loqui debuisset. Tubing. 1792.

zu machen seyn dürfte.

§. 20.

2) Nimmt man indeß an, es seye unter der allgemeinen Vertragsbestimmung:

im Fall ich mit der bestimmten Zahlung nicht einhalten werde;

auch der eingetretene Fall des Bn. Concurses, wodurch die Zahlung zur bestimmten Zeit unmöglich geworden, als eine zu jener Gattung gehörige Art mitbegriffen, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Contrahenten sich dieselbe besonders gedacht haben oder nicht,

cum genus includat omnes species sub genere comprehensas

l. 147. De de reg. iur.

l. 4. Cod. de praescript. 30. u. 40. annor.

so entsteht ein nicht geringer Zweifel gegen die rechtliche Gültigkeit einer solchen eventuellen Cession, weil der Gemeinschuldner hiedurch eine Befugniß, welche ihm die Gesetze versagen, nemlich das Recht, über sein Vermögen, nach ausgebrochenem Con-

curse, noch zu verfügen, sich angemaßt haben würde.

§. 21.

3) Der Grundsatz von der zurückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingniß kann hierin nichts ändern.

a) Es ist diese Fiction nirgends als eine allgemeine Rechtsregel aufgestellt. Schon deßhalb muß dieselbe auf diejenigen Geschäfte, wobei sie ausdrücklich vorgeschrieben ist, eingeschränkt bleiben.

Und es muß dieses um so gewisser geschehen, weil das Röm. Recht hiedurch einestheils von dem bekannten Princip des Naturrechts:

> Jedes an eine suspensive Bedingung geknüpfte Recht wird, erst im Augenblick der erfolgten Wirklichkeit der Bedingung, völlig erworben!

abgewichen ist, anderntheils aber diesen naturrechtlichen Grundsatz in mehrern Fällen selbst bestätigt hat.

§. 22.

Dahin gehört, daß in Hinsicht auf die conditio *potestatiua*, sowol bei Verträgen, als bei Legatsverordnungen, auf die Zeit der erfüllten Bedingniß gesehen wird,

l. 4. D. Quae res pignori &c.

l. 9. §. 1. in f. et l. 11. §. 2. D. Qui potior. in pign.

l. 5. §. 2. l. 14. §. 3. D. Quando dies legator. cedat.

l. 28. D. de pignor.

Alteserrae Tract. VII. de fict. iur. Tr. IV. cap. 3. in fin.

Averan. Interpretat. iur. L. III. c. 9. §. 1. 2. et 64.

Rauensberg. Opusc. de condition. conuent. et ultim uolunt. cap. VI. §. 3. 4. et 20. 21.

Hofacker. cit. l. § 1817.

Malblanc. l. all. §. 269. IV.

Thibauts Syst. d. Pand. R. (11te Aufl.) §. 124. II.

daß ferner, selbst beim Kaufscontract und bei andern Verträgen, wenn die verkaufte oder sonst versprochene Sache, noch vor erfüllter suspensiven Bedingniß, durch Unglücksfall zu Grunde gehet, der Schade den Verkäufer und Promittenten trift, keineswegs aber eine retrotractio stattfindet,

l. 8. pr. D. de peric. et commodo.

Stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit.

l. 5. Cod. eod.

Cum speciem uenditam per uiolentiam ignis absumtam dicas: si uenditionem nulla suspenderat conditio, amissae rei periculum te non adstringit.

l. 10. §. 5. D. de iure dot.

und daß endlich dieselbe weder bei Uebertragung des Eigenthums, noch sonst zum Nachtheil eines Dritten, zuläßig ist.

Richter. Velit. acad. n. 35. §. 129. sqq.

Ravensberg cit. cap. VI. §. 5. 6. ibi:

> Iason dicit, retrotractionem procedere solum quoad obligationem et hypothecam, *secus quoad dominium, in quo conditio non trahitur retro*, ne duo reperiantur domini in solidum, unus uere, alius ficte, et quia etiamsi contractus pure fuisset celebratus, ex solo contractu non habuisset dominium sine traditione corporalis possessionis. Ergo multo minus solus euentus conditionis potest retro inducere translationem dominii. Porro obseruandum, quod conditio in contractibus non retrotrahatur in praeiudicium alterius, cui est ius quaesitum.

§. 23.

b) Diesemnach kann das Princip des Zurückwirkens im gegenwärtigen Falle nicht zur Anwendung kommen.

Das vorliegende Cessionsgeschäfte ist kein solches, wobei die retrotractio gesetzlich verordnet wäre. Vielmehr widerstreben derselben alle obwaltende Verhältnisse.

Die im Vertrag gesetzte Bedingniß des Nichteinhaltens mit der Zahlung ist, ihrer Natur nach, und

da B. bis zum Concursausbruch wenigstens, die Fähigkeit hatte, die schuldige Zahlung zu leisten oder nicht, für eine conditio potestatiua zu halten,

Menken. Syst. iur. ciuil. Lib. II. tit. 14. §. 18.
Hofacker cit. l.

Potestatiua est ea, quae in arbitrio et potestate eius, cui adscribitur, posita est, etsi invito eriam eo, per casum aliquem extraneum, deficere potest.

Die eventuelle Cession der verpfändeten Capitalien hatte eine Eigenthumsübertragung zum Zweck, welche nicht ohne Uebergabe bewerkstelligt werden konnte, und wozu gleichwol B. zu der Zeit, da sie hätte geschehen müssen, nemlich nach schon ausgebrochenem Concurse, und zur Zeit der hiedurch herbeigeführten Existenz der Bedingniß, unstreitig unfähig war.

§. 24.

Wollte man hiegegen einwenden: bei der in Frage stehenden Rechts-Abtretung seye nur eine symbolische Uebergabe erfoderlich gewesen und diese gleich Anfangs, durch Auslieferung der Schuldurkunden geschehen; so hebt sich dieser Zweifel schon dadurch, daß, nach klarem Inhalt des Bn. Schuldscheins, die in Frage stehenden Activ-Obligationen, Anfangs (1. Mai 1803.) blos

zum Unterpfand hinterlegt,

nicht aber, zum Zweck einer Eigenthums-Uebertragung,

an den Gläubiger übergeben worden sind, mithin beim nachherigen Eintritt der Bedingniß, wenigstens durch eine Erklärung des Bs., der Besitztitel des K. hätte geändert werden müssen. Dies ist iedoch nicht und konnte nicht geschehen, weil nach eigener Behauptung des Letztern, erst durch den Concursausbruch und dessen Folgen, die Bedingniß der unterbliebenen bestimmten Zahlung zur Erfüllung gekommen ist, eben hiedurch aber auch B. alle Dispositionsfreiheit über sein Vermögen und somit die Fähigkeit, eine dergleichen Erklärung abzugeben, verlohren hat.

§. 25.

Eben so liegt ferner am Tage, daß, woferne man dermal eine Retrotraction annehmen wollte; dieselbe nicht nur zum Nachtheil Dritter (der Bn. Mitgläubiger) gereichen, sondern auch gegen den Inhalt der mehrermelten Schuld- und Pfandverschreibung, wie gegen die Absicht der Contrahenten, anstoßen würde. Denn es sollte die Cession, nach den bereits (§. 15.) angeführten Worten derselben, keineswegs ex nunc, im Gegentheil ausdrücklich nur beim Eintritt der oftерwähnten, zugleich eine Zeitbestimmung in sich schließenden Bedingniß, geschehen. Sonach war es der Wille der Contrahenten und unter ihnen festgesetzt, daß der eventuelle Cessionar nicht eher, als nach eingetretenem Zahlungstermin (dem aber der Concursausbruch noch zuvorgekommen) und alsdann von Seiten des Schuldners nicht geleisteter Zahlung,

Eigenthümer der zunächst blos verpfändeten Capitalien werden solle.

§. 26.

Uebrigens würde die zurückwirkende Kraft der Bedingniß, bei dem vorliegenden Geschäfte, sogar eine Art von Perplexität mit sich führen, da nemlich bei Anwendung des Retrotractionsprincips, der Beklagte schon am 1. Mai 1803. als bezahlt betrachtet werden müßte, folglich einerseits die Bedingniß, woran die Cession der Capitalien gebunden war, gar nicht zur Existenz kommen konnte, gleichwol aber andererseits die gedachte eventuelle Cession eben durch Existenz der Bedingniß (unterbliebene Zahlung) zur rechtlichen Wirksamkeit gekommen seyn solle.

§. 27.

Es wurde daher auch gegen diesen Beklagten erkannt, daß derselbe die libellirten Schuldverschreibungen, iedoch unter Vorbehalt der ihm daran zustehenden Pfandschaftsrechte, an die Steuersekretär-Be. Concursmasse auszuliefern, schuldig seye.

II.

I) Von der rechtlichen Wirkung der Handschriften-Vergleichung.

II) Von der Befugniß und Pflicht des Richters, die Eydesformel von Amtswegen zu verbessern.

§. 1.

Der Webermeister Molter belangte den Schutzjuden J. W. zu B. wegen einer Waarenschuld von 323 fl. Der Beklagte gestand zwar die ursprüngliche Richtigkeit dieser Foderung zu, behauptete aber, 286. fl. daran bezahlt zu haben, mithin nur noch den Rest mit 37 fl. schuldig zu seyn. Zu Unterstützung dieser Einrede brachte der Beklagte vor: es seye der Kläger am 4ten April 1803. zu ihm in seine Wohnung gekommen, und habe daselbst die angegebene Abschlagssumme, in Beiseyn des Conr. Brehm, baar erhalten; worüber die zugleich vorgelegte vom M. eigenhändig unterschriebene Quittung den Beweis mache.

Da der Kläger von dieser Zahlung nichts wissen wollte, und die producirte Originalquittung nicht anerkannte; so trug der Jude auf comparationem litterarum an. Diese wurde von zwei vereydeten Kunst-

verständigen gehörig vorgenommen und fiel zum Vortheil des Beklagten aus, dahin nemlich,

daß die Unterschrift der Quittung vom 4. April 1803. mit der Rechnung sub lit. A. vom 12. Sept. 1802. (einer vom M. anerkannten Schrift) einerlei Hand sey.

§. 2.

Dessen ungeachtet wurde der Beklagte nicht zum Erfüllungseyd gelassen, sondern es wurde dem Kläger M. der Reinigungseyd zuerkannt. Und zwar sollte derselbe schwören,

daß er die unter der von dem Beklagten ihm vorgelegten angeblichen Quittung v. 4. April 1803. ersichtliche Unterschrift:

Johann Molter aus Baireuth, Webermeister beim Untern Thor,

weder selbst geschrieben, noch mit Wissen und Willen von einem Andern habe schreiben lassen.

§. 3.

Der Beklagte fand es jedoch beschwehrlich, daß dem Kläger dieser Eyd anvertrauet, und die Entscheidung der Sache lediglich von dieser Eydesleistung abhängig gemacht worden. Er suchte dieses, in der Revisionsinstanz, auf folgende Weise auszuführen.

I) Aus dem Gutachten der eydlich vernommenen Kunstverständigen (§. 1.) gehe die Ueberzeugung hervor, daß die in Frage stehende Quittung vom Revisen un-

terschrieben worden, somit die Einrede der Zahlung völlig erwiesen seye.

Brunnemann. ad leg. 20. Cod. de fide instrum. n. 3.

§. 4.

II) Wollte man indeß die volle Beweiskraft dieser Quittung nicht annehmen; so hätte doch der Revident zum Erfüllungseyd, wozu er sich freiwillig erboten, gelassen werden sollen. Denn

1) seye durch das Gutachten der verpflichteten Schreibmeister, zu der ohnehin für iede Urkunde streitenden allgemeinen Vermuthung der Aechtheit,

l. 18. Cod. de probat.
l. 7. C. Depos.
cap. 9. X. de probat.
cap. 6. X. de donat.

noch die specielle Präsumtion hinzugekommen, welche aus der befundenen Gleichheit der Schriftzüge entspringet.

Hiedurch sey wenigstens ein halber Beweis geführt, sonach der Erfüllungseyd begründet.

Nou. 73. c. 7.
Canz de probabilit. iurid. §. 198. 201.
Pufendorf. Obseruat. iur. uniu. T. II. cap. 24.
Hofacker. Princ. R. Rom. Geru. §. 4462. II. 3.
Malblanc. Princ. I. Rom. §. 603. II.

Grolmans Theorie d. gerichtl. Verfahr. §. 89.

Gönners Handb. d. deutsch. gemein. Processſ. B. II. n. 36. S. 483. (d. 1. Ausg.)

Und dieſer Eyd müſſe nach deutſchen Rechten, auch einem Schutzjuden gegen einen Chriſten anvertraut werden, weil der Schutzjude der gemeinen bürgerlichen Rechte theilhaftig iſt.

Mynſinger. Singul. Obſeruat. cent. V.

Hommel. Rhapſ. Quaeſt. Obſ. 350.

§. 5.

2) Dieſem ſtehe nicht entgegen, daß

a) die Quittung nicht von Molters eigener, ſondern von einer andern Hand geſchrieben iſt, und daß

b) eine Verſchiedenheit der Dinte an der Quittung ſelbſt und deren Unterſchrift hat bemerkt werden wollen.

Das erſtere ſey ein unerheblicher Umſtand, weil es ſehr gewöhnlich, daß der Ausſteller einer Urkunde ſie nicht eigenhändig ſchreibt, und weil zur Gültigkeit eines Documents, ſchon die Unterſchrift deſſelben hinreicht, indem eben hiedurch ihr Inhalt anerkannt wird.

Carpzou. Proceſſ. tit. 22. art. I. n. 42.

Wernher. Obſ. ſel. forenſ. P. IX. obſ. 197. n. 4.

Eben ſo wenig könne der Letztere, — die ſcheinbare Verſchiedenheit der Dinte — eine widrige Vermu-

thung gegen den Revidenten erregen, da iener Anschein schon durch die stärkern oder schwächern Züge der Schreibenden oder auch durch das Aufrühren der Dinte, bewirkt werden konnte.

§. 6.

3) Allenfalls habe, selbst im Zweifel, für den Revidenten, als Beklagten, gesprochen werden sollen,

cum semper partes rei sint fauorabiliores.

l. 125. Dig. de reg. iur.

l. 17. Cod. de probat.

cap. 5. X. de except.

§. 7.

Bei Beurtheilung dieser Streitsache mußte vornemlich in Betrachtung gezogen werden, daß die vom Beklagten gewählte Handschriftenvergleichung ein äusserst-unsicheres trügliches Beweismittel ist, weil bekanntermassen Viele die gefährliche Kunst besitzen, die Handschriften Anderer aufs genaueste nachzuahmen. Daher ist die comparatio litterarum in manchen Proceßordnungen ganz verworfen und kann an sich niemals einen vollständigen Beweis bewirken.

Nou. 73. in praef. ac cap. 7. pr. et §. 3.

Donell. Comment. iur. ciu. Lib. XXV. cap. 2. pag. 1342.

Brunnemann. cit. l. n. 3. et 4.

Canz. cit. l. §. 187. et 198.

Leyser.

Leyser. Medit. ad Pand. Spec. 277. m. 5—7.

Strubens Rechtl. Bed. Th. III. Bed. 48.

Büchner. diss. de probat. per litterar. comparat. (Gött. 1779.) P. I. §. 1—5.

Hofack. cit. l. in uerbis:

ob insignem eius fallaciam.

Danzens Grunds. d. gem. ord. bürg. Process. §. 338.

Hiedurch fället die Behauptung

ad I) und zwar um so gewisser hinweg, als der erste Kunstverständige nicht einmal die gänzliche Gleichheit bezeugt, sondern nur so viel geäussert hat:

wenn auch hin und wieder einige kleine Strichelchen abwichen, so träfe doch das Ganze zusammen.

§. 8.

ad II) Wegen der großen Trüglichkeit der Schrift-Vergleichung, kann dieses Beweismittel an sich nicht einmal den Erfüllungseyd begründen.

1) Zwei schwache Vermuthungen machen nicht sofort einen halben Beweis. Es wäre zu gefährlich, denienigen zum Eyde zu lassen, welcher, ausser der Urkunde, die ihrer Schrift-Aehnlichkeit ungeachtet, falsch seyn kann, keine weitere Beweisgründe für sich hat. Daher gestehen selbst mehrere der oben (§. 4.) angeführten Schriftsteller, daß nach Beschaffenheit der Umstände, bald auf den Erfüllungs- bald auf den Reinigungseyd zu erkennen seye, und es ist wol die gegründetere Lehre, daß die befundene Schrift-Aehn-

lichkeit, nur in Verbindung mit andern Vermuthungen für die Aechtheit der Urkunde, zum Erfüllungseyd hinreicht *), dahingegen in andern Fällen nur auf den Reinigungseyd erkannt werden mag.

Berger. Oecon. iur. Lib. IV. tit. 24. th. 14. §. 16.

Wernher. cit. l. Tom. I. Obs. 104. et Suppl. 5.

Schaumburg. Princ. prax. iur. iudic. Lib. I. Sect. I. membr. 3. cap. 3. §. 26. et not. ***)

Seyfarts deutsch. Reichsproc. B. I. Cap. 14. §. 17.

Gönner a. a. O. zu Ende.

§. 9.

Bei diesen Grundsätzen kommt auf die oben ermelte

---

*) Ganz einstimmig hiemit ist der Codex iur. Bauar. iudic. Cap. XI. §. 8. Die blose Vergleichung der Handschriften — — da nemlich eine von dem Aussteller unwidersprechlich herrührende Handschrift mit der diffitirt und widersprochenen, nach Befund und eydlicher Aussage unpartheyischer Kenner, genau übereinkommt, ist zu einem vollständigen Beweis, sonderbar wenn nicht das ganze Document, sondern nur die Unterschrift allein von seiner Hand zu seyn angegeben wird, keineswegs erklecklich, sondern macht höchstens nur auf den Fall, wenn auch andere adminicula hinzukommen, eine halbe Probe, dergestalt, daß, bewandten Dingen nach, entweder iuramentum suppletorium oder wo solches etwan aus Mangel anderer Erfodernisse nicht Platz greifen kann, Purgatorium erkannt werden mag.

in arg. leg. 21. Cod. de heretic.

beruhende Lehre: daß dem Juden wider den Christen, nicht schon wegen eines halben Beweises, das Suppletorium anzuvertrauen; weiter nichts an. Allenfalls würde hierin die Aufnahme eines Juden in den Schutz des Staats nichts ändern,

Berger. Elect. discept. forens. tit. 22. Obs. I. not. 8. praesert. p. 723.

Pufendorf. cit. l. T. I. Obs. 110.

Beck vom Recht d. Juden Cap. 26. §. 29—32. ibique Praeiud. Tubing.

Canngiesser. Decis. Hasso - Cassell. T. I. dec. 136. n. 14.

§. 10.

Dazu kommt im vorliegenden Falle

2) daß die aus der Schriftvergleichung für den Revidenten entstandene günstige Vermuthung theils durch die oben ad a et b erwähnten, theils durch noch andere Umstände sehr geschwächt ist.

Die erstern konnte der Revident nicht befriedigend erläutern. Was bei weitläufigen Urkunden oft zu geschehen pflegt, ist nicht auch bei Quittungen von ein paar Zeilen gewöhnlich. Der Jude W. vermogte nicht anzugeben, warum Molter die Quittung nicht selbst geschrieben habe, da derselbe doch öfters lange Briefe eigenhändig schrieb.

Bei den stärkern Zügen der Namens-Unterschrift und durch Aufrühren der Dinte, konnte die Schrift

wol schwärzer, nicht aber, wie hier gesehen seyn müßte, blässer werden.

Ausserdem hat die Quittung völlig das Ansehen, als ob die Namensunterschrift früher auf dem Blätchen gestanden, die Quittung aber später darauf gesetzt wäre. Denn diese ist möglichst hoch auf dem Papier angefangen, auch Anfangs in engen Zeilen geschrieben, dann aber zwischen der vorletzten und letzten Zeile ein weiterer Raum gelassen worden; wie es scheint um der Namensunterschrift näher zu kommen. Die Letztere hat den bei einer Quittung unerwarteten und ungewöhnlichen Zusatz:

beim untern Thor;

welcher hingegen bei einer Briefunterschrift, wodurch man seinem Correspondenten eine genaue Addresse geben will, ganz an seinem Orte ist.

§. 11.

Diese Vermuthung einer mißbrauchten Unterschrift wird durch ein zu den Acten gekommenes Schreiben des Molter, in welchem dieser seinen Namen, ziemlich tief und ohne vorstehende Courtoisie unterzeichnet hat, nicht wenig bestärkt. Auch ist es bedenklich, daß der Revident denienigen, welcher die Quittung geschrieben, nicht benannte,

cf. Pufendorf. l. cit. §. 5.

daß er die nähern Umstände, unter welchen die gerühmte Zahlung, besonders in was für Münzsorten

dieselbe geleistet worden, und warum der geringe Rest von 37 fl. unabgeführt geblieben seyn sollte, nicht angab; auch vom Zeugniß des Conr. Brehms, welcher bei der angeblichen Auszahlung und Quittungsausstellung gegenwärtig gewesen seyn soll, keinen Gebrauch machte, vielmehr die so unzuverläßige Schriftvergleichung wählte, welche, nach Justinians Absicht, nur im Mangel aller andern Beweismittel statt findet.

Nou. cit. 73. cap. 7. pr. et §. 3.

Carpzou. Proceſſ. tit. 14. art. 3. n. 78. 79.

§. 12.

ad 3) Auf fauorem rei konnte der Revident keinen Anspruch machen, weil hier vom Beweise seiner Einrede die Frage, und der Beklagte in Rücksicht seiner Exceptionen als Kläger zu betrachten ist,

l. 1. Dig. de except.

l. 19. pr. D. de probat.

Weber Ueb. d. Verbindlichk. zur Beweisführ. Abh. VI. S. 169. fgg.

§. 13.

Nach allem diesen mußte es zwar allerdings bei dem erkannten Reinigungseyde verbleiben. Allein gegen die vom Richter erster Instanz vorgeschriebene Eydesformel (§. 2.) entstand noch ein Zweifel, insoferne dieselbe blos dahin gerichtet war, daß Molter die unter der Quittung befindliche Unterschrift weder selbst geschrieben noch von einem Andern habe

schreiben lassen. Hiebei war auf den möglichen und sogar wahrscheinlichen Fall, da eine ächte Unterschrift des Klägers, zur Quittung mißbraucht seyn sollte, keine Rücksicht genommen. Da nun aber die vorgelegte Quittung in diesem Falle eben so wohl falsch seyn würde, als wenn die Unterschrift nachgemacht ist; so bedurfte die Eydesformel, in diesem Anbetracht einer Verbesserung.

Zwar hatte sich Molter bei derselben beruhigt. Da iedoch die Festsetzung des Beweissatzes, somit auch die Berichtigung der Eydesformel zum Richterlichen Amte gehöret und daher die Bestimmung derselben, selbst bei der Eydesdelation, nicht so schlechthin der Willkühr der Parteien überlassen werden kann;

l. 34. §. 8. D. de iureiur.

Si quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuscemodi iuris iurandi terminetur.

Danz a. a. O. §. 373.

Gönner a. a. O. B. I. N. 20. §. 6—8.

so fand die hiesige Facultät sich um so mehr berechtigt und verpflichtet, die vom vorigen Richter bestimmte Formel dieses nothwendigen Eydes, von Richterlichen Amtswegen, dem Zweck der Beweisführung gemäß, zu berichtigen.

§. 14.

Es wurde daher, in dem übrigens bestätigenden Urtheil, die Formel des vom Revisen zu leistenden Reinigungseydes auf folgende Weise bestimmt:

daß er (Molter) die unter der vom Beklagten ihm vorgelegten angeblichen Quittung vom 4ten April 1803. ersichtliche Unterschrift: Johann Molter aus Baireuth, Webermeister beim untern Thor; unter diese Quittung weder selbst geschrieben, noch mit seinem Wissen und Willen, von einem Andern habe darunter schreiben lassen.

III.

Hat der Indossant gegen den Indossatar die Wechselregreßklage?

§. 1.

Der Kaufmann H. zu N. hatte vom NN. zu Z. zwei eigene Wechsel in Handen. Er übertrug die Eincassirung derselben den Handelsleuten K. und S. zu C. Zu diesem Zweck indossirte er beide Wechsel an sie, ohne von ihnen den Wechselbetrag (Valuta) gefodert oder erhalten zu haben. Die Handelsleute K. und S. indossirten nun diese Wechsel weiter, wobei sie sich aber die Valuta bezahlen ließen.

Auch ihr Indossatar girirte die Wechsel auf gleiche Weise. Als nun der letzte Inhaber der Wechsel dieselben dem Aussteller zur gehörigen Zeit präsentirte; so verweigerte dieser die Acceptation und Zahlung. Der Indossatar hielt es für unnöthig, diese

Solawechsel protestiren zu lassen. Er gab dieselben den Handelsleuten K. und S. als den ersten Indossanten, welche den Wechselbetrag empfangen, zurück und erhielt auch dagegen sein Remboursement. Die ermelten Kaufleute lieferten nun die Wechsel an den ursprünglichen Wechselgläubiger H. zurück, der sie auch annahm.

Bald nachher erhob Letzterer iedoch bei der Aeltern Bürgermeisterlichen Audienz zu Frankfurt a. M. wider die eben daselbst anwesenden Handelsleute K. und S. eine Wechselregreßklage, wobei er auf die vorgelegten zwei Wechsel und deren Indossement, ingleichen auf die Thatsache, daß die Beklagten diese Wechsel nicht hatten protestiren lassen, sich gründete. Denn da er hiedurch sein Wechselrecht gegen den Aussteller der Wechsel verlohren habe; so seyen die Beklagten nach den allgemeinen Grundsätzen des Wechselrechts sowol, als nach der frankfurtischen Wechselordnung §. 27. und deren authentischen Interpretation vom 4ten Sept. 1798. ihm diesen Schaden *) zu ersetzen schuldig.

§. 2.

Die Beklagten excipirten: das Protestiren eigener, obschon indossirter Wechsel seye, zumal nach der Frankfurter Wechselordnung

§. 12. und 16.

*) Dieser soll, nach einer spätern Aeusserung des Klägers, im ganzen Betrag iener Wechsel bestehen.

ganz unnöthig, die Entbehrlichkeit des Protestirens erhelle schon daraus, weil, nach eben dieser Ordnung §. 46. dergleichen Wechselbriefe, noch Jahr und Tag, von der Verfallzeit an zu rechnen, ihr Wechselrecht behalten; überdies fehle es hier an einem eigentlichen Indossement, indem die Wechsel, ohne daß der Kläger Valutam erhalten, blos zum Zweck der Eincassirung, auf die Beklagten indossirt worden seyen. Und selbst bei einem eigentlichen Indossement seye es noch keinem Indossanten eingefallen, seinen Regreß beim Indossatar zu suchen, welcher vielmehr diesem gegen ienen zustehe, wenn der Wechselschuldner die ihm obliegende Zahlung nicht leistet.

§. 3.

Nachdem die Sache im Wechselprocesse verhandelt war, erfolgte ein den Kläger abweisender Bescheid; welcher auch in der Provocationsinstanz bestätigt wurde.

Als iedoch der Kläger hiegegen des Rechtsmittels der Revision sich bediente, so ergieng ein abänderndes Urtheil dahin:

daß es bei dem Erkenntniß der ersten Instanz vom 7ten Jul. 1804. nicht zu lassen, sondern der Revident anvorderst: wasmassen die Revisen den ihnen zu Eincassirung der in Frage stehenden beiden Wechsel ertheilten Auftrag entweder überall nicht gehörig vollzogen oder ihm insbesondere durch das unterlassene Protestiren Schaden zugefügt; binnen vier Wo-

chen zerstörlicher Frist, der Letztern Gegenbeweis in ebenmäßiger Frist vorbehältlich, rechtsgebührend darzuthun und zu erweisen, verbunden; dem vorgängig aber, sowol in der Hauptsache, als der Proceßkosten halber, ferner was Rechtens zu erkennen und solchergestalt das Dekret v. 15ten Sept. 1804.*) abzuändern; auch das Erkenntniß über die Unkosten dieser Revision, mit Einschluß der Versendungskosten, ebenfalls annoch auszusetzen seye.

§. 4.

Hiegegen legten die Beklagten das Rechtsmittel der Actenversendung ein, und baten, unter bloser Submission zu den vorigen Acten, um Wiederherstellung der Erkenntnisse erster und zweiter Instanz. Der Kläger machte es nun ienen zu einem fernern großen Versehen, daß sie ihr Giro, mittelst Bezahlung der Wechsel, eingelößet, ohngeachtet der letzte Briefinhaber sich im Protest versäumt, also nach Wechselrecht die Befugniß verlohren hatte, sich an die Giranten der Wechsel zu halten, als welche vielmehr durch sein Versehen ausser alle Verbindlichkeit gekommen waren. Uebrigens wollte der Kläger die Sache durchaus nicht nach dem Wechselrecht, sondern nach den Grundsätzen des Mandatsvertrags, beurtheilt wissen, weil sein Indossement blos in uim mandati geschehen, und so-

---

*) nemlich das in der Provokationsinstanz ergangene bestätigende Urtheil.

nach seine erhobene Klage keine andere, als die actio mandati directa, seye.

§. 5.

Bei Beurtheilung dieser Sache, hatte es freilich einigen Anschein, als ob die Beklagten gegen das letzte Urtheil, wodurch dem Kläger der Beweis seines Klaggrundes auferlegt worden, ohne Grund Beschwehrde führten, weil

1) im gegenwärtigen Falle, kein **eigentliches** Indossement, sondern ein bloser Auftrag zu Eincassirung der Wechsel (Indossamentum per Procura) ertheilt war und ein solcher Auftrag nach den Grundsätzen vom Mandatscontract zu beurtheilen ist,

Ricc. Exercit. Iur. Cambial. Exerc. IV. §. 89.

Selchow. Elem. Iur. Germ. §. 613.

Scherers Handb. d. Wechs. R. unter: Indossement §. 2. und unter: Indossatar §. 2.

2) der Bevollmächtigte für Schaden, welche durch sein Verschulden, den Gewaltgeber treffen, haften muß,

l. 13. Cod. Mand.

3) sonach die Entscheidung des Streits gerade von dem zum Beweise ausgesetzten factischen Verhältnisse abhänge, indem die vom ietzigen Superrevisen angestellte Klage die actio mandati directa sey und der rechtfertigende Grund derselben blos darin bestehe,

daß die Superrevidenten in suscepto mandato, nicht ea diligentia verfahren sind, quam uir probus in suis negotiis adhibere solet; eben hiedurch aber den Superrevisen H. um den ganzen Betrag iener Wechsel in Schaden versetzt haben.

§. 6.

Dabei behauptete der Kläger

4) Die Versehen der Beklagten erhellten schon iezt genugsam aus den Acten, indem sie

a) geständigermassen die Wechsel nicht protestiren ließen, welche doch, als indossirte eigene Wechsel, besonders nach Vorschrift der frankfurter Wechselordnung (§. 12. 16. 20.) hätten protestirt werden sollen,

Spans Wechselrecht der Stadt Frankfurt §. 73. geg. E.

b) eben diese Beklagten die blos zum Zweck der Eincassirung auf sie indossirten Wechsel zu ihrem Vortheil weiters girirt, von den Indossatarien den Betrag dieser Wechsel bezogen, iedoch solche zulezt, der mangelnden Proteste ungeachtet, zurückgenommen haben, mithin nach §. 27. der Frankfurter Wechselordnung den Schaden büssen, d. i. die Zahlung der Wechsel leisten müssen.

§. 7.

Es vermögten auch dieselben

c) ihr culposes Benehmen mit der Ausflucht: der Protest seye von keiner Erheblichkeit gewesen, und

es würde auch mit demselben keine Bezahlung erfolgt seyn; nicht zu entschuldigen. Denn, nachdem diese Wechsel durch die Beklagten in dritte Hände gekommen, sey es nicht mehr gleichgültig gewesen, ob Protest levirt worden oder nicht? Die blos wechselrechtliche Verbindlichkeit des Cedenten, für die Güte der Foderung einzustehen, cessire ia, wenn der Indossatar sich protestando zu verwahren, versäumet. Und diese Versäumniß habe die Folge, daß der Schade des nicht gezahlten Wechsels auf denienigen Indossatar übergetragen werde, welcher sich den Fehler zu schulden kommen lassen. Da nun solchemnach H. nicht schuldig gewesen wäre, den Rembours der Valuta zu leisten, dessen ungeachtet aber die Beklagten, als seine Mandatare, die nicht schuldige Zahlung für seine Rechnung bewerkstelligt haben; so seye Kläger, durch Schuld der Beklagten, in den Schaden des ganzen Betrags der beiden Wechsel versetzt worden.

5) Und obwol er nicht läugne, daß Solawechsel noch Jahr und Tag nach der Verfallzeit ihre Kraft behalten; so könne doch dieses am wenigsten alsdann in Betrachtung kommen, wenn der Aussteller, nach Ablauf der Verfallzeit, in mißliche Umstände geräth, und der Indossant die Wechsel so spät zurück erhält, daß ihm kaum noch Zeit verbleibet, an einem von Ruhla so weit entfernten Orte, wie Zurzach ist, einen Sachwalter ausfindig zu machen, um das Wechselrecht, mittelst Protests oder Klaganstellung, in salvo erhalten zu lassen.

§. 8.

Allein bei sorgfältiger Erwägung aller actenmäßigen Umstände fand sich die Beschwehrde der jetzigen Superrevidenten gleichwol gegründet. Denn es hatte der Kläger

1) sich keineswegs in einem gemeinen Mandatscontract gegründet; er hatte nicht die Vollmachtsklage, sondern die Wechselregreßklage erhoben (§. 1.) er hatte nicht den ordentlichen Proceß, sondern den Wechselproceß, zur Verfolgung seines vermeintlichen Rechts gewählt.

Er hatte nicht nur in der Klage verschwiegen, daß nur ein uneigentliches Indossement obwalte, sondern sogar in der Replick ausdrücklich vorgebracht:

> es seye hier nicht blose Vollmacht zur Eincassirung gegeben, sondern die Wechsel auf Beklagte girirt, die auch solche zu ihrem Vortheil weiter indossirt hätten.

Es stützte der Kläger hiernächst sich keineswegs auf die gemeinrechtlichen Principien vom Mandatscontract, sondern auf die Grundsätze vom Wechselrecht, besonders die frankfurter Wechselordnung. Noch in der Replick äußerte derselbe:

> und diesen Schaden müssen sie (die Beklagten) mir, nach Anleitung der Wechselordnung, vergüten.

Auch wurde diese Sache in der gewählten Proceßart verhandelt. Sogleich auf die erhobene Klage wurde zur Recognition der Wechsel, eine Frist von 24 Stunden, zu den weitern Verhandlungen immer Fristen von drei Tagen angesetzt; welches der frankfurter Wechselordnung §. 33. und 28. ganz gemäß.

Span a. a. O. Cap. XVII. §. 108—15.

§. 9.

Daher kam es

2) weder auf die ad 1) erwähnte Lehre, noch auf den ad 2) angeführten Grundsatz, sondern lediglich darauf an: ob die angestellte Wechselregreßklage, sowol nach Principien des Wechselrechts überhaupt, als insbesondere nach der Frankfurter Wechselordnung und deren authentischen Interpretation, statthaft seye?

In dieser Hinsicht war denn aber

3) die im vorigen Urtheil enthaltene Beweisauflage (§. 3.) irrelevant. Die factischen Verhältnisse, worauf der Kläger das angesprochene Wechselregreßrecht zu gründen gesucht hatte, nemlich das Nichtprotestiren der Wechsel und die Wiedereinlösung derselben; waren ia beklagter Seits zugestanden.

Es kam also überall nicht auf einen Beweis des factischen Klaggrunds, sondern einzig darauf an: ob diese zugestandenen Thatsachen, nach den vom Kläger selbst für sich aufgerufenen wechselrechtlichen Normen, den behaupteten Regreß gegen die Beklagten begrün-

den oder nicht? d. i. auf Anwendung des Rechts, an.

§. 10.

4) Die behaupteten Versehen der Beklagten ergeben sich nicht aus den Acten. Denn

a) das Protestiren eigener obwol indossirter Wechsel ist, zumal nach der Frankf. Wechselordnung, unnöthig. Nur die Befugniß zu protestiren wird

§. 12. und 16. dieser Ordn.

einem solchen Wechselinhaber ertheilt, nicht aber hiezu eine Verbindlichkeit aufgelegt. Letztere ist nur für den Fall festgesetzt, wenn der Aussteller der Wechselbriefe zur Verfallzeit abwesend ist,

Frankf. Wechselordnung §. 20.

Scherers Handb. des Wechselrechts Th. I. S. 627. N. 5.

durch welche Ausnahme sich die Regel bestätigt. Eben diese Entbehrlichkeit des Protestirens bei eigenen Wechseln erhellet noch weiter daraus, daß diese, wie nach mehrern andern Wechselordnungen, z. B. der Braunschweig. Brem. und Danzig. so auch nach der Frankfurtischen (§. 46.) von der Verfallzeit an zu rechnen, noch Jahr und Tag ihr Wechselrecht behalten. Und wenn manche Rechtslehrer, bei eigenen indossirten Wechselbriefen, die Nothwendigkeit des Protestirens behaupten,

Frank. Instit. iur. camb. L. I. Sect. 4. tit. 1. §. 5.

Span a. a. O. §. 73.

so

so geschiehet dies nur aus dem Grunde, damit der Präsentant, bei nicht erfolgter Zahlung, gegen den Indossanten den Regreß nehmen könne.

Span a. a. O.

weil die Protestation überhaupt dazu nöthig, daß einer den Regreß gegen seinen Mann, als in substrato gegen den Indossanten, behalte.

Ricc. Exercit. iur. camb. IV. §. 63. 66. 67.

G. D. Hoffmann. de effectu indossat. camb. proprii §. 4.

Hufeland. de protestat. cambiali Sect. III. §. 34. 35.

Es kann folglich iene Lehre, ausserdem, daß sie von Andern widersprochen,

Scherers Handb. unter: Protest. §. 9. n. 4.

und da, wo eigene Wechsel eine so lange Veriährungszeit haben, mithin durch Nichtprotestiren kein Schade entstehet, gewiß unstatthaft ist, im vorliegenden Falle schon um deßwillen nicht zur Anwendung kommen, weil hier nur ein uneigentliches Indossement obwaltet, und die Wechsel, ohne daß der Kläger die Valuta erhalten, blos zum Zweck der Eincassirung, auf die Beklagten indossirt worden sind. Bei diesem Verhältniße konnte in keinem Falle gegen den Kläger ein Regreß statt finden, mithin derselbe auch gegen ihn nicht verlohren gehen.

§. 11.

b) Hierin kann nichts ändern, daß die Beklagten diese Wechsel, gegen Empfang der Valuta, weiters girirt und dieselben zuletzt, da der Wechselschuldner nicht zahlte, wieder eingelöset haben.

Dieses Indossirungsgeschäfte, welches die Beklagten ohne Auftrag unternommen hatten, ist sorgfältig von dem ihnen übertragenen Eincassirungs-Geschäfte zu unterscheiden. Da sie Valutam der Wechsel von ihrem nächsten Indossatar empfangen hatten, ohne sie an H. abzugeben; so war es blos ihre Sache, den letzten Indossatar zu entschädigen. Sie waren hiezu unstreitig verbunden, weil durch das Nichtprotestiren, das Wechselrecht des Klägers nicht verlohren gegangen, also demselben kein Schade geschehen war. Im Gegenfalle ist nicht abzusehen, wie dem Kläger daraus hätte ein Vortheil entspringen sollen, wenn etwa die Beklagten, wegen unterbliebener Protestation der Wechseleinlösung sich geweigert hätten.

Denn insoferne der letzte Indossatar, durch Nichtprotestiren, seines Regresses verlustig wird; so kommt dieses, nach der Frankf. Wechselordnung (§. 27.) nur demienigen zu Gute, wider welchen im entgegengesetzten Falle, auch der Regreß statt gefunden haben würde, d. i. dem wahren Indossanten. Da nun aber gegen H. auch bei der förmlichsten Wechselprotestation niemals ein Regreß statt finden konnte, weil er nur ein uneigentlicher Indossant war; so konnte ihm

auch der allenfalsige Regreßverlust des letzten Indossatars keinen Vortheil gewähren.

§. 12.

Hiemit fället alles

ad c) Gesagte von selbst hinweg. Es beruhet abermals theils auf der irrig vorausgesetzten Nothwendigkeit des Protestirens bei eigenen Wechseln, theils auf iener Verwirrung des wahren und uneigentlichen Indossanten. Es kann aber H. nicht als wahrer Indossant oder Cedent des Wechsels angesehen werden, da er selbst im Laufe des Processes, sein Indossement für einen blosen Auftrag zum Incasso der Wechsel erklärt auch die Valuta derselben nicht erhalten hat. Und obwol der Kläger, als uneigentlicher Indossant, zum Rembours nicht verpflichtet war; so ist es doch grundfalsch, daß die Beklagten, bei Einlösung der Wechsel, als seine Mandatare gehandelt und durch diese Einlösung ihm Schaden gethan hätten. Bei ihrem Indossement sowol, als bei Wiedereinlösung der Wechsel, besorgten die Beklagten bloß ihr eigenes Geschäfte, handelten blos für eigene Rechnung, und sind eben daher dem Kläger hierüber auf keine Weise verantwortlich. Schon an sich stehet es mit der Natur des Wechselgeschäfts und mit allen Wechselordnungen im Widerspruch, daß, nach des Klägers Anmassung, der Indossant gegen den Indossatar einen Regreß haben sollte, welcher doch nur diesem gegen ienen, in gewissen Fällen zustehet.

Scherer a. a. O. unt. Regreß. §. 5.

§. 13.

5) Die mißlichen Umstände des Schuldners waren übrigens, aller Wahrscheinlichkeit nach, schon vor der Verfallzeit, eingetreten. Wie dem seye, so waren die Wechsel noch zeitig genug an H. zurückgegeben. Da derselbe, schon beinahe zwei Monate vor Ablauf der Verjährungszeit, seine Wechsel-Regreß-Klage gegen die Handelsleute K. und S. anstellte; so liegt eben hierin der Beweis, daß er auch seine Aufträge noch in der gehörigen Zeit, nach Zurzach gelangen lassen konnte. Ueberdies hatte Kläger die Wechsel ohne Vorbehalt oder Protestation, zurückgenommen, folglich einem allenfallsigen Regreßrechte stillschweigend entsagt.

§. 14.

Bei diesen Verhältnissen, da einerseits die erhobene Wechselregreßklage unstatthaft war, und andererseits das officium nobile des Richters nicht so weit gehet, um noch in der dritten Instanz, der angestellten Klage eine ganz andere, sogar zu einer andern Proceßart gehörige Klage zu surrogiren,

Gönners Handb. des gem. deutsch. Proceß. B. II. n. 27. §. 11.

so mußten, unter gänzlicher Beiseitsetzung des letzten Urtheils, die Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz wieder hergestellt werden.

IV.

Kan ein Fallite, während der Dauer des über sein Vermögen ausgebrochenen Concurses, gültige Wechsel ausstellen?

§. 1.

Geschichtserzählung.

Der Schutzjude Seligm. Abrah. H. zu Frankfurt verfiel im Jahr 1798. in Zahlungsunvermögenheit. Zu dieser Zeit war derselbe unter andern dem Handelsmanne Ernst R. zu Mühlhausen, 910 fl. für Waaren schuldig.

Nun kam zwar im nächstfolgenden Jahre, zwischen H. und seinen Gläubigern ein Nachlaßvertrag, welchem auch R. beigetreten seyn soll, zu Stande. Diesem gemäß wurde am 10ten Jul. 1799. die H. Debitmasse von Gerichtswegen resignirt und dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen. Aber schon einige Zeit vorher, am 21ten März 1799. hatte der Letztere an Ernst R. wegen dessen obermelter Foderung, vier Wechsel, jeden auf 92. Reichsthl. 13. Kr. ausgestellet. In der Folge zahlte auch H. den erstverfallenen dieser Wechsel, ohne Widerspruch oder Vorbehalt.

Als iedoch der zweite, nach zwei Jahren von Zeit der Ausstellung zahlbare, durch Indossation inzwischen an die Banquiers R. und H. gekommene Wechsel fällig geworden war; so verweigerte der Jude H. die Bezahlung, und setzte der hiedurch veranlaßten, nach Wechselrecht erhobenen Klage hauptsächlich die Einrede entgegen: es seye der geklagte Wechsel mehr als drei Monate vor der Vermögens-Resignation, mithin ungültig ausgestellet, weil der Aussteller damals in Concurs verfallen, und deßhalb nicht wechselfähig war. Ueberdies schützte er vor: Ernst R. habe theils durch zurück erhaltene Waaren, theils durch Bezahlung des ersten Wechsels, seine accordsmäßige Befriedigung bereits erhalten und es könne derselbe ein mehreres nicht fodern, da Winkel-Accorde ungültig seyen.

Hiedurch gelang es dem Beklagten, ein Zwischenurtheil folgenden Inhalts zu bewirken:

> es habe Kläger vordersamst rechtsbehörig darzuthun: daß der im Jahr 1799. in Concurs gerathene Beklagte am 21. März genannten Jahrs frei über sein Vermögen disponiren, somit auch einen Wechsel habe ausstellen können.

§. 2.

Allein die Kläger bedienten sich hiegegen des Rechtsmittels der Provocation, weil sie mit einem auf die gegnerischen unlautern, im Wechselprocesse unzuläßigen Einreden in Beziehung stehenden, folglich

überflüßigen Beweise nicht beschwehrt werden durften. Auch wurde, nach vorgängiger Verhandlung, den Parteien ein reformatorisches Erkenntniß dahin eröfnet:

daß Beklagter den Betrag des libellirten und von ihm recognoscirten Wechsels zu bezahlen schuldig, und mit seinen etwa habenden Einreden ad separatum zu verweisen seye.

§. 3.

Nun wendete zwar der Beklagte gegen dieses Urtheil das Rechtsmittel der Revision ein. Es wurde iedoch das in prouocatorio ergangene Erkenntniß auch in reuisorio bestätigt und der Revident zum Ersatz der Kosten des verzögerten Processes verurtheilt.

In diesen beiden leztern Instanzen ist sonach angenommen worden, daß die obige erste Frage zu beiahen seye.

§. 4.

Der Jude H. hatte indeß zu Unterstützung seiner Revisionsbeschwehrde, in Betreff der Sache selbst,

1) auf die richtige Lehre: daß die Wechselfähigkeit einer Person, welche sich dem Wechselrecht unterwirft, nach der Zeit des geschlossenen Wechselcontracts zu beurtheilen ist;

Scherers Handb. des Wechselrechts Th. III. S. 419.

2) auf die unstreitige Thatsache: daß er den geklagten Wechsel erst nach der Zeit des über sein

Vermögen ausgebrochenen Concurses und noch vor Beendigung desselben, ausgestellt habe;

sich gegründet, und hieraus

3) die gedoppelte Folge abgeleitet, daß er, Revident, zur Zeit des an R. ausgestellten Wechsels, wechselunfähig gewesen, mithin der Wechsel ungültig seye.

Denn ein Gemeinschuldner gehöre zu denjenigen Personen, welche nichts Eigenes besitzen, weil er über sein vorhin besessenes Vermögen die freie Verwaltung verlohren und dasselbe an seine Gläubiger abgetreten habe. Daher könne ein Fallite sich überall nicht verpflichten,

arg. leg. 40. Dig. de reg. iur.

Scaccia de commerciis et cambio §. II. gloss. V. n. 329.

Decoctor propter ruptam fidem uidetur mortuus, ideoque nihil post rupturam agere potest, cum sit ei prohibitum commercium.

Hofmanns teutsche Reichsprax. §. 1228.

Danzens Grunds. der summar. Processe §. 117.

noch weniger, während dieses Zustands, da ihm die Freiheit, etwas zu veräußern, und überhaupt die freie Vermögensverwaltung entzogen ist, einen gültigen Wechsel ausstellen,

Vhl de iure camb. Iud. §. 7.

Selchow's Grunds. d Wechselrechts §. 20.

Scherer a. a. O. S. 415.

§. 5.

4) Dieß seye auch insbesondere der frankfurtischen Wechselordnung (§. 8.) gemäß, insoferne dieselbe nur denienigen,

welche ohnedem nach den Rechten gültig contrahiren können,

Wechselbriefe zu geben erlaubt.

Wie nun aus der Unfähigkeit des Wechselausstellers, die Ungültigkeit des Wechsels unmittelbar folgt; so bedürfe es keines weitern Beweises, daß diese Streitsache zum Wechselverfahren gar nicht geeignet, mithin das nach Grundsätzen des Wechselrechts gefällte Urtheil nicht zu rechtfertigen seye.

§. 6.

Es wurde iedoch die Beschwehrde des Revidenten, aus folgenden Gründen, für unerheblich geachtet.

1) Bekanntermassen sind in Ländern, wo das Wechsel-Recht gilt, alle dieienigen, welche sonst Verträge gültig schließen können, auch von dem Wechsel-Contracte, ohne gesetzliches Verbot, nicht ausgeschlossen,

Ricc. Exercitat. Iur. Camb. Exercit. V. Sect. V. §. 1.

Iöcher de personis iuri camb. subiectis §. 4.

Hedler de person. cambiantib. §. 6.

Becks vollst. Wechselrecht Cap. I. §. 8. 10.

Frankf. Wechselordnung, § 8.

Spans Wechselrecht der Stadt Frankfurt, Cap. III. §. 16.

2) In Ansehung der Falliten, findet sich in den Gesetzen weder ein allgemeines Verbot, wodurch ihnen alle Vertragschließung, noch ein besonderes, wodurch ihnen die Wechselausstellung untersagt wäre.

§. 7.

3) Eben so wenig läßt sich ein dergleichen Verbot aus der Natur und dem Zweck des Concursprocesses ableiten. Zwar verliert der Gemeinschuldner die Dispositionsbefugniß über sein bereits erworbenes Vermögen, aus welchem nun seine Gläubiger ihre Befriedigung in rechtlicher Ordnung erhalten sollen. Keineswegs aber wird ihm alle Verpflichtungsfähigkeit entzogen. Zur Verwaltung seines Vermögens kann wol ein Curator ernannt werden; der Fallite selbst wird nicht unter Curatel gesetzt. Die Gesetze sprechen nur vom curatore *bonorum*; sie erklären nur Veräusserungen und Verpflichtungen, welche der Gemeinschuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger unternimmt, für ungültig,

l. 1. pr. et §. 2. l. 3. pr. D. Quae in fraud. creditor.

si se obligauit, *fraudandorum creditorum caussa.*

Stryk. Vſ. Mod. tit. de curatore bonis dando.

Danz a. a. O. §. 117. 118.

Dabelows Ausführl. Entwickel. d. Lehre v. Concurs d. Gläubiger. Cap. XIII.

und der Zweck des Concursprocesses erfordert ein Mehrers nicht. Ja das Römische Recht erlaubt dem Falliten nicht nur stillschweigend, andere seinen Gläubigern unnachtheilige Verbindlichkeiten zu übernehmen, sondern es verstattet ihm ausdrücklich sogar solche Verfügungen, welche seinen Gläubigern schaden, wenn dadurch blos die Vergrößernng der Concursmasse verhindert, nicht aber sein schon erworbenes Vermögen (Patrimonium) vermindert wird, z. B. die Entsagung einer ihm angefallenen Erbschaft *).

l. 6. pr. et §. 2. D. eod.

l. 134. pr. D. de reg. iur.

l. 67. §. 1. D. ad SCt. Trebell.

§. 8.

4) Die frankfurtische Wechsel-Ordnung (§. 8. 9.) bestätigt den vorhin angeführten Grundsatz, indem sie nur die Handwerks- und andere gemeine Leute, welche unter 2000 fl. jährlich verschätzen, ingleichen

*) Diese hier nur kürzlich berührte Materie ist gründlich ausgeführt und besonders gezeigt, daß dergleichen Nichterwerbungen nicht nur vor, sondern auch nach ausgebrochenem Concurse erlaubt sind, in Geigers und Glücks Merkwürdigen Rechtsfällen, Th. III. n. 43. §. 10.

die Minderiährigen vom Wechselcontracte ausschließt, übrigens aber

allen und ieden, welche ohnedem nach den Rechten gültig contrahiren können, Wechselbriefe zu geben,

erlaubet.

Span a. a. O. §. 16 — 20.

Auch in andern deutschen Wechselordnungen ist der Fallite vom Wechselcontracte keineswegs ausgeschlossen.

Siegels Einl. z. Wechs. R. Cap. II. §. 3 — 11.
Scherers Handb. a. a. O.

§. 9.

5) Die hiegegen vorgebrachten Zweifelsgründe sind unerheblich.

a) Das oben angeführte Fragment spricht nicht vom Gemeinschuldner, sondern von demienigen, welcher Obrigkeitlich für einen Verschwender erklärt und unter Curatel gesetzt worden ist.

Iac. Godofred. Commentar. in tit. Pand. de diuerſ. reg. iur. ad leg. 40.

b) Ungegründet ist die Behauptung, es könne der Fallite, schon als eine Person, welche gar nichts Eigenes besitzt, keine rechtliche Verbindlichkeit contrahiren.

Denn einestheils mag wol kaum von Einem in Concurs verfallenen, mit Wahrheit gesagt werden, daß er gar nichts Eigenes besitze. Und anderntheils

fehlt es wieder an einem Gesetze, nach welchem derienige, welcher zwar ganz vermögenslos, iedoch keineswegs in einem solchen Zustande ist, worin er nie Eigenthum erwerben oder besitzen könnte, schlechterdings keine auf das Vermögen sich beziehende Verpflichtung übernehmen dürfte.

Dabei hat gerade die Wechselausstellung am wenigsten Bedenklichkeit, weil hier der Schuldner, durch seine Person selbst Sicherheit giebt.

§. 10.

c) Gegen die Gesetze und gegen die Natur der Sache kann das Ansehen der Rechtsgelehrten zwar ohnehin nicht in Betrachtung kommen.

Allein es stehet dasselbe der hier streitigen Befugniß eines Falliten nicht einmal entgegen. Scaccia beschränkt seinen Anfangs zu allgemein ausgedrückten Satz gleich nachher selbst, wenn er lehrt, daß der Fallite nur

quoad ea, quae ageret in praeiudicium creditorum,

für todt zu achten und der Verpflichtungsbefugniß beraubt seye, (womit Hofmann, Danz und Andre übereinstimmen) übrigens aber auch ein nach ausgebrochenem Concurse ausgestellter Wechsel Gültigkeit habe.

Vergl. Lauterbach. de iur. in cur. mercator. usitat. th. 174.
Siegel a. a. O. §. 12.
Beck a. a. O. Cap. VI. §. 2. n. 16.

6) Mit diesen Grundsätzen ist ferner die bekannte Handelsgewohnheit und selbst der frankfurtische Gerichtsgebrauch, welcher durch ein Präiudiz bescheinigt ward, im gänzlichen Einklang *).

§. 11.

7) In den eigenen Umständen des vorliegenden Falls fand sich kein Hinderniß, diese rechtlichen Grundsätze in Anwendung zu bringen. Die Ausstellung des geklagten Wechsels war keine Verpflichtung des Gemeinschuldners, welche auf Verminderung seines damaligen Vermögens abzielte oder der Concursmasse zum Nachtheil gereichen konnte. Es verstand sich von selbst, daß diese Wechselfoderung beim H. schen Concurse nicht liquidirt werden konnte, weil sie erst nach Ausbruch desselben contrahirt war, die Natur und der Zweck des Concurses aber alle später entstandene Foderungen ausschließen. Schon der auf zwei Jahre hinausgesetzte Zahlungstermin zeigte, daß die Absicht

---

*) Es würde auch ungerecht und unpolitisch zugleich seyn, wenn man dem Falliten, Contracte, besonders den Darlehns- und Wechsel-Contract zu schließen, gesetzlich verbieten wollte. Denn in den meisten Fällen ist ihm kein anderes Mittel, sich und die Seinigen zu ernähren übrig, als neue Handelsgeschäfte. Diese kann er aber nicht ohne Credit machen. Und liegt also eben hierin, daß ein Fallite sich gültig verpflichten kann, gewöhnlicher Weise die einzige Möglichkeit, sich seinen künftigen Unterhalt zu sichern und neues Vermögen zu erwerben.

der Contrahenten nicht auf eine Verminderung der Concursmasse gerichtet war, sondern der Wechsel-Aussteller die Bezahlung aus seinen entweder wieder zurück erhaltenen oder neu erworbenen Vermögen leisten sollte. Zum Ueberfluß hatte dieser einen früher verfallenen, unter völlig gleichen Umständen gegebenen Wechsel, an denselben Gläubiger, ohne irgend einen Vorbehalt, bereits bezahlt.

§. 12.

Ausser Zweifel mußte daher, auf die oben bemerkte Art, nach Wechselrecht erkannt und der Wechselschuldner, mit seinen unlautern Ausflüchten, zur besondern Ausführung im ordentlichen Processe verwiesen werden.

Scaccia cit. l. §. VII. gloss. 5. n. 4. sqq.

Marquard de iure mercator. et commerc. Lib. III. cap. 11. n. 36. sqq.

Ludovici Wechsel-Proceß Cap. XI. §. 1.

Danz a. a. O. §. 48. V.

V.

Ist ein Fuhrmann, welchem bei Schließung des Frachtcontracts, der Auftrag geschehen war, die vom Spediteur ausgelegten Spesen beim Waaren-Empfänger einzucassiren, zur eigenen Zahlung dieser Spesen verpflichtet? wenn er, ohne letztere erhalten zu haben, die Frachtwaare an den bestimmten Empfänger ausgeliefert hat.

---

§. 1.

Unter Vermittelung des Güterschaffers R. übernimmt der Fuhrmann K. von den Handelsleuten F. und L. zu Frankfurt a. M. zwei Körbe Champagner-Wein an den Gastwirth S. zu Leipzig zu überliefern; wobei der Frachtbrief die ausdrückliche Bedingung enthalten haben soll:

selbigen (die zwei Körbe) gegen die im Frachtbrief bemerkte Fracht und Spesen zu überbringen.

§. 2.

Nach geschehener Ablieferung des Weins, erhält zwar der Fuhrmann K. seinen bedungenen Frachtlohn. Hingegen die Spesen-Zahlung verweigert der Gastwirth S. weil unter dem überbrachten Champagner-Wein 54 Bouteillen durch Frost zerbrochen befunden worden seyen. Es erklärt iedoch derselbe, daß er sich, der

Spesen

Spesen halber, mit den Versendern F. und L. abfinden werde, bezeugt auch ienes und dieses durch ein dem Fuhrmann K. ausgestelltes Attestat.

§. 3.

Nun klagt der Güterschaffer R. bei dem Fuhr-Amt zu F. gegen den Fuhrmann K. und bittet, den Beklagten zur Zahlung der schuldigen Spesen von 32. Thl. 8. Sgr. Sächs. welche derselbe vermög Frachtbriefs, in Leipzig einzucassiren gehabt habe, samt den Kosten, rechtlich anzuhalten.

Der Beklagte bezieht sich zwar auf das ermelte Attestat, aus welchem erhellet, daß, und warum er die Spesen nicht erhalten habe.

Aber der Kläger erwiedert: vor Empfang der Spesen, hätte K. das Frachtgut nicht verabfolgen lassen sollen.

§. 4.

Nach geschlossener Verhandlung ergeht am 30. Okt. 1804. folgender Bescheid:

Es wird Beklagter, unerheblichen Einwendens ungehindert, schuldig erkannt, die eingeklagten Spesengelder mit 32. Thl. 8. Sgr. Sächs. Geld, dem Kläger binnen 14. Tagen zu bezahlen, ihm iedoch der Regreß gegen den Gastwirth J. F. S. in L. vorbehalten.

§. 5.

Gegen dieses Erkenntniß legte der Beklagte das remed. *prouocationis* ein. Und, nach Rechtfertigung

desselben, wurde am 2. Okt. 1805. ein reformatorisches Schöffen-Urtheil dahin eröfnet:

> daß die erhobene Berufung in ihren Formalien beständig und zur gebührenden Rechtfertigung erwachsen, in Ansehung der Materialien aber aus den Acten so viel zu befinden seye, daß der Kläger mit seiner gegen den Provocanten angestellten Klage ab- und an den Empfänger S. zu L. verwiesen werde.

§. 6.

Kläger bediente sich hiegegen des Rechtsmittels der Revision. Die hiesige Facultät, an welche nun die Acten kamen, legte vordersamst dem Revidenten auf, sich zur Sache zu legitimiren. Dann erkannte sie zwar in der Sache selbst bestätigend, auch unter Verurtheilung des Revidenten in die Kosten des verzögerten Processes, iedoch unter folgendem Anhang:

> es könnte und wollte denn Revident, binnen 14. T. peremtorischer Frist, daß er dem Fuhrmann K. ausdrücklich aufgetragen habe, die ihm verdungenen zwei Körbe Champagner Wein nicht anders, als gegen Empfang der Spesen von 32. Thl. 8. Sgr. Sächs. an den Gastgeber S. zu L. verabfolgen zu lassen;

wie Recht, erweisen; dessen genöße derselbe rc.

§. 7.

I) Die Rechtfertigung zur Sache mußte dem Kläger auferlegt werden, weil aus den Acten nicht zu

ersehen war, daß und aus welchem Grunde diese Spesenfoderung, welche ursprünglich den Spediteurs F. und L. zustand, an den Güterschaffer R. gekommen seye.

§. 8.

II) In der Hauptsache hatte freilich der Revident die Aufhebung des Schöffen-Erkenntnisses (§. 5.) und die Wiederherstellung des Urtheils erster Instanz schlechthin gefodert, weil

a) der Fuhrmann, durch Annahme des Weins und des Frachtbriefs, in welchem die §. 1. bemerkte Bedingung enthalten, den Auftrag übernommen habe: die zwei Körbe Champ. Wein nicht anders, als gegen die bedungene Fracht und Bezahlung der im Frachtbrief berechneten Spesen, abzuliefern; sonach

b) derselbe verpflichtet gewesen, diesen Auftrag genau nach der erhaltenen Vorschrift zu vollziehen, da ein Mandatar zum höchsten Fleiße verbunden ist,

l. 22. §. ult. Dig. Mandat.

l. 13. et 21. Cod. eod.

auch die Grenzen seines Auftrags nicht überschreiten darf,

l. 5. pr. et l. 41. D. eod.

§. 9.

Ueberdies seye

c) nach Inhalt des beigebrachten kaufmännischen Parere der Börsen-Vorsteher zu F., in einem

Falle, wie der gegenwärtige, schon stillschweigend verstanden,

daß der Fuhrmann, ohne Spesen-Erhalt, so wenig, als ohne Fracht, das Gut loszugeben vermöge.

Gleichwol habe

d) der Beklagte, dieser seiner Verbindlichkeit zuwider, die zwei Körbe Champ. Wein blos gegen Bezahlung der Fracht, nicht aber der Spesen, an S. zu L. verabfolgt, mithin nicht nur fahrläßig, sondern, insoferne er blos seinen Vortheil bedachte, hingegen das Beste seines Mandanten unbesorgt ließ, sogar arglistig gehandelt, und Klägern dadurch geschadet.

Uebrigens möge

e) der Fuhrmann durch das Vorgeben: er habe den Waaren-Empfänger zur Spesen-Zahlung nicht zwingen können; sich nicht entschuldigen; da das natürlichste Zwangsmittel, nemlich die Zurückbehaltung und Uebergabe des Weins in die Gewahrsame eines Dritten, in des Beklagten Gewalt stand; dessen sich auch derselbe gewiß, im Falle verweigerten Frachtlohns, bedient haben würde.

§. 10.

Es sind iedoch diese Gründe zur Verurtheilung des Beklagten keineswegs hinreichend.

Denn

1) ist einestheils selbst die angegebene Bedingung des Frachtbriefs:

die zwei Körbe Champ. Wein gegen die bedungene Fracht und Spesen zu überbringen;

weder erwiesen noch zugestanden, da der Kläger den Frachtbrief nicht beigebracht, und in der Klage nur unbestimmt in einem Eincassirungsauftrag sich gegründet hat, folglich nur dieser, als vom Beklagten eingeräumt, angenommen werden konnte; anderntheils ist iene Bedingung des Frachtsbriefs nicht sofort mit dem späterhin behaupteten Auftrag:

das Frachtgut nicht anders, als nach erhaltenen Spesen, an den Gastgeber S. auszuliefern, sonach, bei nicht erfolgender Spesen-Zahlung den Wein zurück zu behalten und am dritten Ort in Verwahrung zu geben;

für gleichgeltend zu achten, da Letzterer offenbar ein Mehrers, als die Erstere enthält und dem Fuhrmanne die Auslieferung des Weins, bis nach empfangenen Spesen, untersagt.

§. 11.

2) Da die ofterwähnte Bedingung des Frachtbriefs sich füglich von einem blosen Eincassirungs-Auftrag verstehen lässet, und da, selbst bei vorausgesetzter Richtigkeit derselben, eine Verbindlichkeit des Beklagten zur Zurückhaltung des Weins, ohne einen hierauf gerichteten bestimmten Auftrag, um so weniger angenommen werden mag, als ein Frachtfahrer, nach der Natur seines Contracts, so wie nach dem gewöhnlichen Inhalt der Frachtbriefe, zu guter und richtiger

Lieferung verbunden, auch den Frachtlohn nur erst nach seiner Seits gehörig erfülltem Contract, zu fodern berechtigt ist,

Salanders Recht der Fuhrleute Cap. IV. §. 9.

Münters Frachtfahrer-Recht Theil I. Abschnitt 1. St. 6. §. 6. S. 103.

Geigers und Glücks Merkw. Rechtsfälle Th. III. N. 39. §. 15.

so fället die dem Beklagten gemachte Anschuldigung des Unfleißes oder sogar der Arglist bei Vollziehung des Eincassirungs-Auftrags von selbst hinweg; zumal, nach dem nicht bezweifelten Attestat des Empfängers, der Fuhrmann K. die Spesen allerdings einzucassiren suchte, sie jedoch, aus dem oben schon bemerkten Grunde, nicht erhalten konnte.

§. 12.

3) Eine stillschweigende Verpflichtung des Fuhrmanns zur Zurückhaltung des Frachtguts kann ferner schon deßhalb nicht angenommen werden, weil dieselbe einerseits nicht das einzige Mittel, um dem Spediteur zu seiner Bezahlung zu verhelfen, und weil sie andererseits ein für den Spediteur gefährliches und dem Fuhrmanne nachtheiliges Mittel ist; da hiedurch beinahe immer Schade am Frachtgut und daß es, wegen verzögerter Lieferung, vom Käufer nicht mehr angenommen werden dürfte, zu besorgen seyn, gewiß aber der Frachtlohn unbezahlt bleiben würde. Wie könnte man nun annehmen, daß ein Fuhrmann, we-

gen eines unentgeldlichen Nebenauftrags, seinen verdienten Frachtlohn Verzögerungen und Gefahren habe aussetzen wollen, wenn er sich hiezu nicht bestimmt und deutlich verpflichtet hat!

Ueberdies ist eine Weigerung des Waaren-Empfängers, die Spesen zu bezahlen, ordentlicher Weise, für den Frachtfahrer wie für den Spediteur ein unerwartetes, unvorgesehenes Ereigniß, da der Empfänger, durch das gewöhnlich noch unbezahlte Gut, für die Spesen überflüßige Sicherheit hat. Besonders im gegenwärtigen Falle, dachten die Spediteurs, bei Absendung des Weins, gewiß nicht daran, daß die Spesen-Zahlung einen Anstand finden sollte, so wie sie die Ursache dieses Anstands, nemlich die Beschädigung des Weins durch Frost, nicht voraus sahen, ausserdem sie die Absendung nicht gewagt haben würden.

§. 13.

Das beigebrachte kaufmännische Parere kann hierin nichts ändern. Denn, ausserdem, daß dergleichen Gutachten überhaupt keine entscheidende Kraft haben,

Ludovici Kaufm. Lexicon unter d. Art. Parere S. 530.

Ludovici Einleit. z. Wechs. Recht, Cap. XII. §. 4.

Von Martens Grundriß des Handels-Rechts §. 38.

tritt gerade bei der vorliegenden Streitfrage ein entgegengesetztes Interesse der Kaufleute und der Frachtfahrer ein, wegen dessen eine gänzliche Parteilosigkeit

der Erstern kaum zu erwarten seyn dürfte. Aber auch hievon abgesehen, zeigt sich bei näherer Betrachtung des Parere, daß dasselbe auf der unerwiesenen Voraussetzung beruhet: es seye dem Fuhrmann das Frachtgut mit dem Auftrag übergeben worden:

dasselbe nicht anders, als gegen die Spesen, abzuliefern;

folglich die hieraus abgeleitete Folge, wenigstens für ietzt und solange diese Voraussetzung nicht erwiesen ist, unmöglich stattfinden kann.

§. 14.

4) Bei diesen Umständen fället dem Fuhrmanne weder dolus noch culpa zur Last. In Rücksicht eines dergleichen zum Geschäfte des Frachtfahrers nicht gehörigen Neben-Auftrags, wie das Spesen-Eincassiren ist, konnte vom Beklagten nichts Mehrers, als was ihm durch eine deutliche Instruction aufgegeben war, gefodert werden.

Nach allen Verhältnissen eines Fuhrmanns konnte aber von ihm nicht erwartet oder verlangt werden, daß er den ihm gegebenen Auftrag, nach den Regeln einer gelehrten Auslegungskunst, untersuchen und in dem Auftrag:

das Frachtgut gegen Fracht und Spesen zu überbringen;

die Instruction finden solle, daß er die zwei Körbe Wein, solange ihm nicht Fracht und Spesen bezahlt

sind, gar nicht abliefern, vielmehr dieselben ihrem Eigenthümer vorenthalten und einem Dritten in Verwahrung geben, mithin auch seinen verdienten Frachtlohn einstweilen entbehren, und alles dieses selbst alsdann geschehen solle, wenn der bestimmte Empfänger des Weins nicht etwan nach bloser Willkühr, sondern aus einem anscheinend erheblichen Grunde, nemlich wegen einer zwar casuellen Beschädigung des Weins, wozu aber doch ein Versehen des Spediteurs mitgewirkt haben konnte, die Spesenzahlung verweigern würde.

§. 15.

5) Die Zurückhaltung des Weins war dem Beklagten nur physisch, nicht aber rechtlich möglich.

Ohne bestimmten und ausdrücklichen Auftrag, konnte er sich nicht ermächtigen, von einem so bedenklichen Zwangsmittel Gebrauch zu machen.

Dadurch hätte er sich ia in Gefahr gesetzt, die Folgen dieses Schrittes auf eigene Kosten verantworten und tragen zu müssen.

§. 16.

III) So gewiß daher nach den vorliegenden Acten, der Kläger abgewiesen werden mußte; so war es dennoch rechtsgemäß, ihm den Beweis des angegebenen ausdrücklichen Auftrags (§. 6.) noch vorzubehalten. Zwar entstand hiegegen der Zweifel, daß der Re-

vident keineswegs eine so bestimmte Anweisung, sondern lediglich den Auftrag:

die Spesen einzucassiren;

zum Klaggrund gesetzt hatte.

§. 17.

Allein es kam hiegegen dem Kläger zu statten, daß der in den fernern Verhandlungen behauptete ausdrückliche Auftrag nur eine nähere Modification des zum Klaggrund gesetzten Eincassirungsmandats ist; daß selbst der Beklagte dieselbe nicht als eine Veränderung der Klage betrachtet, sondern nur dießfalls auf Beweis gedrungen hat, indem er (Act. n. 6.) ausdrücklich erklärte:

daß, wenn er zu etwas Mehrern, (als die Spesen blos einzufodern) verbunden seyn solle, ihm solches erwiesen werden müsse;

und daß, bei Voraussetzung des ausdrücklichen Auftrags: es solle Fuhrmann K. den Wein nicht anders, als gegen Empfang der Spesen an den Gastgeber S. ausliefern; der Revise seinen Auftrag allerdings überschritten und dadurch des Revidenten Lage verschlimmert haben, folglich für den hieraus entstandenen Schaden zu haften, schuldig seyn würde.

Daher dem bestätigenden Erkenntniße der obermelte Beweis-Vorbehalt (§. 6.) billig angefügt worden ist.

VI.

Kann der letzte Spediteur sich wegen der Spesen, an den Empfänger und Eigenthümer der spedirten Waare halten?

§. 1.

L.s Wittwe zu W. hatte im Jahr 1798. auf Ordre der Kaufleute A. und G. zu Bremen, 150 Stück Häute an den Lohgerbermeister K. zu A. spedirt. Als sie nun vom Letztern, nach richtiger Ueberlieferung des Frachtguts, die Speditionskosten nicht erhalten konnte, und dadurch zur Klage genöthigt wurde; so fiel zwar das Urtheil erster Instanz für sie aus; hingegen in der zweiten Instanz wurde abändernd dahin erkannt:

daß der Klägerin Suchen, immassen es anbracht, nicht stattfinde.

Die hiesige Fakultät stellte aber, auf die von der Klägerin erhobene Leuterung, das erste Erkenntniß wieder her.

§. 2.

Zwar vermeinte der Beklagte, es mangele der Klägerin schlechterdings an einem Rechtsgrunde, um ihn wegen dieser Spesen in Anspruch zu nehmen, da nicht Er, sondern die Kaufleute A. und G. ihr den

Auftrag zur Spedition gegeben, mithin die Wittwe L. sich lediglich an ihre Committenten halten müsse.

Denn Rechtsgelehrte und Handlungsverständige stimmen darüber miteinander überein, daß das Speditionsgeschäfte, nach den Grundsätzen des Mandatscontracts zu beurtheilen, folglich der Spediteur, in Ansehung seiner Auslagen und Provision, wenigstens in Fällen, wie der gegenwärtige, wo derselbe vom Waaren-Absender gewählt war, sich blos an diesen halten könne.

arg. leg. 20. §. 1. Dig. mand.

Püttmann. Progr. de negotiatione, quae accipiendis, custodiendis et transmittendis mercibus alienis exercetur. (Lipf. 1793.)

J. G. Büsch theor. pract. Darstell. der Handl. (Hamb. 1799.) Th. I. B. 3. Cap. 3. §. 9.

Ebendess. Zusätze (Hamb. 1800.) Th. III. S. 66. fg.

§. 3.

Hingegen lasse sich eine negotiorum gestio, aus mehrern Gründen, nicht behaupten. Das Speditionsgeschäfte wird nicht unentgeldlich besorgt. Dem Beklagten konnte es gleichgültig seyn, auf welche Art ihm die Verkäufer die verschriebenen Häute zusenden würden. Eine allgemeine Handlungs-Usançe, nach welcher der Spediteur an den Waarenempfänger sich halten könnte, seye nicht erweislich. Und aus der blosen Annahme des Frachtguts lasse sich eine Verbind-

lichkeit zur Bezahlung der Speditionskosten ohnehin nicht ableiten.

Wäre auch der Waarenempfänger ordentlicher Weise in dieser Verbindlichkeit; so müßte doch im gegenwärtigen Fall eine Ausnahme von dieser Regel eintreten, weil der Beklagte schon 1798. mit A. und G. wegen dieser Speditionskosten sich verglichen und der Ln. Handlung sogleich hievon Nachricht gegeben, auch der Klägerin über diese letztere Thatsache den Eyd deferirt habe.

§. 4.

Es mußte indeß, aller dieser Gründe ungeachtet, gegen den Beklagten gesprochen werden. Denn

1) beruhet es nicht nur auf einem von den Kaufleuten der angesehensten Handelsstädte in Deutschland bezeugten Herkommen, daß durch Absendung der verschriebenen Waare, unter Bestimmung des Kaufpreißes, das Kaufsgeschäfte völlig zu Stande kommt,

Carpzou. Decis. illustr. Dec. 131. n. 20. sqq.
Hert. Resp. Tom. I. resp. 532. n. 1. T. II. resp. 737. n. 3.

sondern es mußte solches im vorliegenden Falle um so mehr angenommen werden, weil die Absender der Waare in ihrer dem Beklagten zugleich zugeschickten und von diesem selbst zu den Acten gebrachten, somit von ihm anerkannten Fattura ausdrücklich bemerkt haben, daß die Zusendung,

für desselben Rechnung und Gefahr geschehe.

Vom wirklich abgeschlossenen Kaufscontract ist es aber eine unmittelbare Folge, daß nun aller Vortheil und Nachtheil der Sache den Käufer trift, mithin, selbst wenn die abgesendete Waare durch blosen Unglücksfall zu Grunde gehet, der Käufer diesen Schaden tragen muß.

§. 3. Inst. de emt. uendit.

l. 8. et 11. Dig. de peric. et commod. rei uend.

Carpzou. cit. l. n. 36. sqq.

Leyser. Medit. ad Pand. Spec. 206. m. 5.

Strubens Rechtl. Bedenk. Th. II. Bed. 65.

§. 5.

2) Zu folge dieses Verhältnisses besorgt der Spediteur, obwol er zunächst nach Auftrag des Absenders handelt, dennoch eigentlich das Geschäfte des Bestellers und nachherigen Empfängers der Waare, wenn er die ihm zugesandten Güter in Empfang nimmt, verwahrt und weiter befördert, auch die darauf haftenden Auslagen bezahlt. Da nun der Spediteur dieses Geschäfte für den abwesenden Committenten, dem am sichern Empfang der bestellten Waare gelegen, ohne desselben Auftrag übernimmt; so ist, in Hinsicht auf das Verhältniß zwischen dem Spediteur und Waarenbesteller, eine negotiorum gestio vorhanden,

l. 1. 2. et 14. Dig. de negot. gest.

Voet. Comment. ad Pand. tit. eod. §. 1.

und hieran um so weniger zu zweifeln, weil dem Spediteur an den zu spedirenden Gütern, wegen der

darauf gehabten Auslagen, ein Zurückbehaltungsrecht zustehet,

l. 1. pr. Dig. Quib. mod. pign. u. hypoth. solucit.

l. 18. §. ult. D. Commod.

Lauterbach. de iure retent. §. 20.

Meu. Decis. P. II. dec. 227. n. 7. sqq.

Hert. cit. l. T. I. dec. 470. n. 6.

mithin Ebendemselben, nach Beschaffenheit der Umstände, auch die actio negotiorum gestor. contraria nicht versagt werden kann.

l. 2. l. 3. §. 7. Dig. et tot. in tit. Cod. de negot. gest.

Dabei fodert er seine Provision, meistens mit einem ⅓ p. Ct. vom Werth der durch ihn beförderten Güter, nach einer allgemeinen Handlungsobservanz.

Büsch. Darstell. d. Handl. a. a. O. §. 5. S. 264.

Cf. Lauterbach. de salariis §. 21.

Strube a. a. O. Th. IV. B. 173. S. 449.

§. 6.

3) Diesem steht nicht entgegen, daß die Klägerin an den Waaren-Absender, von welchem sie den Speditionsauftrag hatte, sich halten konnte. Denn bei Verhältnissen dieser Art, da nemlich iemand dem Andern eine fremde Angelegenheit überträgt, concurriren bei demselben Geschäfte, obligatio mandati et negotiorum gestorum in der Maaße, daß es von der Willkühr des Geschäftsführers abhänget, ob er gegen seinen Mandanten, die actio mandati, oder gegen den-

ienigen, dessen Geschäfte er besorgte, die actio negotior. gestor. contraria anstellen will.

l. 3. §. fin. et l. 4. D. de negot. gest.

Apud Marcellum — — quaeritur, si, cum proposuissem, negotia Titii gerere, tu mihi mandaueris, ut geram: an utraque actione uti possim? Et ego puto, *utramque* locum habere.

l. 14. Cod. eod.

Leyser. cit. l.

Glücks Erläuterung der Pandect. Th. V. §. 419. S. 332. 337.

Die oben (§. 2.) angeführte l. 20. §. 1. mand. beweiset mehr für als wider die Klägerin. Denn dieses Fragment handelt von einem Falle der blosen negotiorum gestio und versagt demienigen, welcher für einen Abwesenden Bürgschaft geleistet, die actio mandati nicht deßhalb, weil ihm die actio negotior. gestor. zustehet, sondern nur aus dem Grunde, weil er hiebei ohne iemands Auftrag gehandelt hatte:

Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam *mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.*

§. 7.

4) Bei diesen gesetzlichen Vorschriften kommt es auf die oben erwähnte allgemeine Handlungs-Usançe, und deren Beweis nicht einmal an, sondern es ist schon

genug,

genug, wenn nur das Herkommen nicht ein entgegengesetztes Recht begründet hat. Letzteres wird aber gewiß niemand behaupten, der den Gang der Handlungsgeschäfte kennt. Auch wird es vom Büsch so wenig bezeugt, daß derselbe vielmehr in den

Zusätzen zur Darstell. d. Handl. S. 76.

ausdrücklich schreibt:

Es ist dabei unverfänglich, dem Spediteur frei zu lassen, ob er sich in Ansehung der Spesen, — — mit dem Absender oder dem Empfänger benehmen wolle.

Uebrigens dürfte das unter andern von den Hallischen Rechtsgelehrten angenommene dißfalsige Handlungs-Herkommen, in Fällen der vorliegenden Art, da nemlich die abgesendete Waare geständigermassen verschrieben und, beim Auftrag an den Spediteur, nicht ein Anderes festgesetzt war, wol seine Richtigkeit haben; so wie dasselbe dem Flor der Handlung förderlich ist und unter andern darauf beruhet, daß der letzte Spediteur dem Käufer der Waare näher, als der Absender zu seyn pflegt, und daß der Käufer ordentlicher Weise nicht nur die Transportkosten zu tragen, sondern auch, selbst im seltenen Falle der bedungenen kostenfreien Lieferung, die Spesen dem Verkäufer am Kaufspreiße abzuziehen, fast immer Gelegenheit hat.

Nun sagt aber

l. 34. D. de reg. iur.

Id sequimur, quod in regione, qua actum est, frequentatur.

Cf Marquard. de iure mercator. Lib. III. cap. 6. n. 55.

Hert. Resp. T. I. resp. 219. n. 5.

§. 8.

5) Die Nützlichkeit der in Frage stehenden Geschäftsführung war keinem Zweifel unterworfen. Der Beklagte hatte die L. Handlung eines bei der Spedition begangenen Versehens nie beschuldigt. Es kann gewiß nicht für ein unnützes oder nachtheiliges Geschäft,

res non necessaria uel quae paremfamilias oneratura est.

l. 10. §. 1. Dig. de negot. gest.

gehalten werden, wenn man iemanden die von ihm bestellte und erkaufte Waare, unter Bestreitung der darauf haftenden Auslagen, in die Hände liefert. Ueberdies hatte der Beklagte durch die unleugbare Thatsache, daß er die ihm sammt der Speditionsrechnung zugesendeten 150 Stück Häute, ohne Widerspruch annahm und behielt, die L. Geschäftsführung genehmigt. Es konnte daher die Nützlichkeit der besorgten Geschäfte nicht weiter in Frage kommen.

l. 9. D. eod.

§. 9.

6) Was endlich denienigen Vergleich betrift, welchen der Beklagte über diese Speditionskosten mit den Absendern der Waare geschlossen haben woll-

te; so fand sich zwar dieses Vorgeben ohnehin ungegründet. Es würde aber auch ein solcher Vergleich, woran die Klägerin keinen Theil genommen hatte, ihre aus der genehmigten Geschäftsführung gegen den Beklagten erlangten Rechte nicht haben vernichten können.

Eben deßhalb mußte die vom Letztern, über den Umstand der an die Klägerin vom angeblichen Transact ertheilten Nachricht, zur Hand genommene Eydeszuschiebung, in ieder Rücksicht, für irrelevant erachtet werden.

VII.

I) Von der Clausel: rebus sic stantibus.

II) Was wirkt die alternativische Bitte, in Fällen, wo wegen einer nicht-alternativischen Verbindlichkeit geklagt wird?

---

§. 1.

Der Kaufmann Pf. zu Fr. hatte dem Handelsmanne R. zu E. die Preiße seines Coffees und Zuckers bekannt gemacht. Ob aus eigener Bewegung oder auf Verlangen des R., ist unbekannt.

Dieser machte nun, mittelst Schreibens vom 26. Dec. 1802. eine Bestellung auf 1. Faß Engl. Melis Grosbrod von 8. Ct. und 1. Faß Domingo-Coffee von 7½ Ct. Pf. antwortete hierauf am 30. desselben Monats:

er werde das Begehrte zurecht machen und mit erster Fuhr abgehen lassen.

Da iedoch die bestellte Waare zur bestimmten Zeit in E. nicht eintraf; so zog R. zwei Wechsel auf den Handelsmann Pf., schrieb ihm aber dabei, daß er die Waare noch erwarte. Bald nachher wurde indeß bekannt, daß Pf. den Zucker und Coffee auf dem Weg angehalten und darüber anderweit verfügt habe.

R. klagte nun gegen Pf. aus dem völlig zu stande gekommenen Kaufcontract, als wodurch er das Recht erlangt habe, daß ihm entweder die Waare in natura um den bestimmten Preiß oder eine Schadloshaltung von 80 fl. für die 8 Ct. Coffee und $17\frac{3}{4}$ fl. für $7\frac{1}{2}$ Ct. Zucker, und noch besonderer Ersatz für die Tratten, Porto und Protestspesen, geleistet werden müsse.

Diesem gemäß bat Kläger, den Beklagten, nach vorgängiger Anerkennung seiner Handbriefe, anzuhalten,

> daß derselbe die bestellten und versprochenen Waaren, um den bestimmten Preiß überliefere oder die bestimmte Schadloshaltung leiste; mit Abtrag der Kosten.

§. 2.

Der Beklagte konnte weder die Bestellung, noch seine darauf ertheilte Antwort leugnen.

Ja er versicherte, die bestellte Waare, nach Inhalt seines Briefs, an Pf. wirklich abgesendet zu ha-

ben, welche nur zufälliger Weise einen andern Weg genommen habe. Bis nun Beklagter dieses erfahren, (nach 14. Tagen ungefähr) habe Kläger etliche Wechsel auf ihn gezogen. Dies habe ihm sonderbare Vermuthungen veranlassen müssen, wodurch er bewogen worden, seine Waaren anzuhalten. Hiezu sey er befugt gewesen, weil das Eigenthum noch nicht auf R. übertragen war, und die Umstände es räthlich machten, dieses Gut zurück zu halten und ihm eine andere Bestimmung zu geben.

Denn bei solchen Geschäften, welche erst durch die Uebergabe zu ihrer Vollkommenheit gelangen, verstehe sich die clausula: rebus sic stantibus; stillschweigend. Kläger habe durch sein unkaufmännisches Betragen mit den Wechseln, also durch sein eigenes Verschulden, bewirkt, daß er die Waaren nicht erhalten habe.

Erst in zweiter Instanz, bei Gelegenheit eines Restitutionsgesuchs, fügte der Beklagte diesen Gründen noch bei: es seye ihm in der Zwischenzeit, nemlich innerhalb iener 14. Tage, nach Absendung des Coffees und Zuckers, laut zugleich exhibirten Schreibens der Kaufleute Z. und L. gemeldet worden, daß R. ein langsamer Zahler seye. Wobei er die so späte Anführung dieses Umstandes mit der Nachläßigkeit seines ersten Anwalds entschuldigte.

§. 3.

Nach geendigtem Verfahren in erster Instanz, ergeht das Urtheil dahin, daß der Beklagte zur Er-

füllung des geschlossenen Contracts, gegen baare Bezahlung der bestimmten Preiße, — wozu sich Letzterer selbst, im Laufe des Processes, erboten hatte, — innerhalb 14. Tagen, schuldig seye; mit Abtrag der Kosten.

Der Beklagte wendet hiegegen das Rechtsmittel der Berufung, und nachdem diese sofort, wegen Unerfindlichkeit einer gegründeten Beschwehrde, verworfen worden, die Revision ein. Hierbei stellte derselbe die zwei Beschwehrden auf: daß er in der Hauptsache — und daß er zum Kostenersatz verurtheilt worden. Die Erstere dieser Beschwehrden, bei welcher man ietzt nur verweilen will, suchte der Revident, auf folgende Art, zu rechtfertigen.

§. 4.

1) Sein Schreiben vom 30. Dec. 1802. erweise nicht einmal den Contracts-Abschluß. Vielmehr heiße es darin:

die Ihnen angezeigten Preiße kann ich nicht vermindern.

Woraus denn die Vermuthung entstehe, daß man über den Kaufspreiß noch nicht einig gewesen, und daß der Handelsmann R. wegen Genehmigung des Preißes sich noch habe bestimmt erklären sollen.

2) Ein ieder Vertrag werde unter der stillschweigenden Bedingniß: rebus sic stantibus; geschlossen.

Leyser. Medit. ad Pand. Spec. 40. med. 4.

Diese Clausel müsse unter den Handelsleuten, bei den bedeutenden Gefahren des Creditgebens, vorzüglich gelten. Und dermal seyen solche veränderte Umstände eingetreten, welche zu einseitiger Aufhebung selbst eines vollkommen abgeschlossenen Contracts berechtigten. Es habe nemlich der Revident, kurz nach geschehener Zusage der vom R. gemachten Bestellung, den blos durch Nachläßigkeit seines ersten Advocaten, verspätet beigebrachten Brief vom 3. Jan. 1803. erhalten, wodurch R. für einen langsamen Zahler erklärt worden.

Ueberdies habe R. bald hernach, gegen alle Ordnung und Gewohnheit rechtlicher Handelsleute, ohne Erlaubniß, ia sogar ohne vorgängige Bezahlung der bestellten Waare, zwei Wechsel auf Revidenten abgegeben, somit durch dieses nicht-vorauszusehende zweideutige Benehmen, die Contractserfüllung selbst gehindert und ihn, Pf. genöthigt, der schon abgegangenen Waare eine andere Bestimmung zu geben, um sich der drohenden Vorlustsgefahr zu entziehen.

§. 5.

Eben so seye es

3) die eigene Schuld des Revisen, daß derselbe erst im Laufe des Processes, nachdem schon die Waare im Preiß enorm gestiegen war, zur baaren Zahlung sich erboten habe, da er durch ein früheres Erbieten dieser Art, die Erfüllung des Contracts sofort bewirken konnte.

4) Selbst bei der Voraussetzung, daß das Urtheil wider den Beklagten ausfallen mußte, habe dieser doch nicht härter behandelt werden sollen, als der Kläger (§. 1.) begehrt hatte. Der Richter müsse secundum acta et probata urtheilen, und dürfe nicht über die Bitten der Parteien hinausgehen. Da nun der Kläger eine alternativische Bitte, entweder auf Erfüllung des Contracts, oder auf die bestimmte Schadloshaltung, gestellt hatte; so habe dem Beklagten wenigstens die Wahl gelassen werden sollen, entweder die Waaren in natura zu liefern, oder die gefoderte Schadloshaltung, zusammen mit 97 fl. 45 Kr. zu bezahlen.

§. 6.

Es konnten iedoch diese Gründe eine Abänderung der gleichförmigen Erkenntnisse beider Instanzen nicht bewirken.

Ad 1) war es vergeblich, den Abschluß des Kaufcontracts und dessen Vollkommenheit zu bezweifeln, nachdem der Beklagte hierüber in seiner Exceptionsschrift und in den fernern Verhandlungen, unzweideutige Geständnisse abgelegt, ia sogar Gerichtlich versichert hatte, daß er die bestellte Waare, nach Inhalt des Briefs (§. 1.) wirklich abgeschickt habe. Diesemnach war von ihm, selbst zur versprochenen Erfüllung des Contracts, ein wichtiger Schritt geschehen.

Und die (§. 4.) angeführten Worte seines Schreibens können unter diesen Umständen, keinen statthaften Zweifel gegen den Contractsabschluß erregen. Es läßt sich daraus nur so viel entnehmen, daß R. zwar auf eine Verminderung der Preiße angetragen, iedoch auf den Fall, da Pf. diese nicht bewilligen könne, die bestellten Waaren auch um die bestimmten Preiße zu nehmen, sich erklärt und deren Uebersendung verlangt haben müsse. Da nun Pf. hierauf geantwortet: er werde das Begehrte mit der nächsten Fuhr abgehen lassen; so ist hiedurch der Kaufscontract ohnfehlbar zu stande gekommen.

Est enim emtio iuris gentium: et ideo consensu peragitur: et *inter absentes* contrahi potest, et per nuncium et *per litteras*.

l. 1. §. 2. D. de contrah. emt.

§. 7.

Ad 2) Eben so wenig konnte die so oft mißbrauchte und hier besonders übel angewandte Clausel: rebus sic stantibus; dem Revidenten nützen. Denn es hatte sich, nach abgeschlossenem Contract, keine irgend erhebliche Veränderung, geschweige ein höchstunerwartetes Ereigniß der Art zugetragen, wodurch die Anwendung iener Clausel begründet würde.

Es wäre daher überflüßig, hier über die nähern Bestimmungen und Beschränkungen sich zu verbreiten, unter welchen die gedachte Clausel die Auflösung einer

vertragsmäßigen Verbindlichkeit bewirken kann. Selbst der oben angezogene Leyser behauptet solches nur,

si facies rerum prorsus immutetur;

welches dermal offenbar nicht der Fall ist.

Andre wollen, daß die entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung der Parteien dergestalt wesentlich erfodert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt.

Höpfners Comment. üb. d. Institut. §. 1010.

Weber v. d. natürl. Verbindlichkeit Th. II. §. 90. III. *)

Auch eine Veränderung dieser Art mangelte hier.

§. 8.

Die wichtigen Veränderungen, wodurch sich Pf. berechtigt glaubte, von dem völlig zu stande gekommenen Contracte wieder abgehen zu dürfen, sind nemlich einmal die angeblich erhaltene Nachricht, daß R. ein langsamer Zahler sey; und dann der Umstand, daß Ebenderselbe auf Pf. Wechsel trassirt hatte.

---

*) Ueber die sehr verschiedenen Meinungen noch Anderer s. Hommel. Rhapſ. Quaest. Obſ. 589. Casus insolitissimi interdum contractibus derogant. Strubens Rechtl. Bed. B. II. Bed. 80. §. 4. Eberhards Abhandl. v. d. clauſ. rebus sic stantibus (in deſſ. drei Abhandl. zur Erläut. d. teutsch. Rechte.)

Aber iene Nachricht beruhet theils blos auf einem verspätet beigebrachten, nichtrecognoscirten und schon nach der Natur eines Privatattestats nichts beweisenden Schreiben, theils enthält dasselbe nicht einmal die Behauptung, daß R. erst nach dem mit Pf. geschlossenem Kaufhandel, ein langsamer Zahler geworden, sondern nur, daß er solches schon vorher gewesen seye. Wollte man nun auch Letzteres als wahr annehmen; so hätte sich doch keineswegs mit R. eine Veränderung nach dem Kaufsabschluß zugetragen, sondern es wäre vielmehr ein Versehen des Revidenten, daß derselbe dem Handelsmanne R. getrauet, ohne ihn genugsam zu kennen; wovon die allenfalsigen nachtheiligen Folgen den Erstern treffen müßten,

Qui enim cum alio contrahit, non ignarus debet esse conditionis eius.

l. 19. D. de reg. iur.

l. 19. D. de SCto Maced.

Die zwar richtige Thatsache des R.schen Wechsel-Trassirens muß ganz ausser Betrachtung bleiben. Denn actenmäßig war dasselbe nicht Ursache, sondern Folge der Pf.schen Wortbrüchigkeit und Nichterfüllung des Contracts.

Uebrigens bedarf es keiner Erinnerung, daß wenn auch gegen R. eine gegründete Besorgniß obgewaltet hätte, hiedurch doch nur Sicherheitsmasregeln bei Erfüllung des Contracts, keineswegs aber die Nichterfüllung des Letztern gerechtfertigt werden könnten.

§. 9.

Ad 3) Daß R. nicht früher zur sogleich baaren Bezahlung des Kaufpreißes sich erboten; fället ihm nicht zur Last, da er hiezu, wegen des erhaltenen Credits, nicht verbunden, und bei der ihm Anfangs nicht bekannt gewesenen Pf.schen Besorgniß, nicht einmal veranlaßt war. Es hieng also lediglich von der Willkühr des Handelsmanns R. ab, ob und wann er dieses Erbieten thun wolle?

§. 10.

Ad 4) Bekanntermassen entsteht überhaupt aus Verträgen, wobei das Versprechen auf Leistung einer bestimmten Sache oder Handlung gerichtet ist, die Verbindlichkeit, gerade das Versprochene zu leisten.

l. 1. pr. Dig. de pact.

Hellfeld. Iurispr. for. §. 316.

Glücks Erläuter. d. Pandect. Th. IV. S. 305.

Und der Kaufcontract insbesondere verpflichtet den Verkäufer, (nicht etwan alternativisch, sondern schlechthin) die verkaufte Sache an den Käufer auszuliefern,

l. 11. §. 2. et 13. D. de act. emt. et uend.

Et in primis *ipsam rem praestare* uenditorem oportet, id est tradere.

Pufendorf. Obseruat. iur. uniu. Tom. II. Obs. 35. §. 3.

Diesem gemäß gehen die Contractsklagen, und namentlich die Kaufklage, hauptsächlich auf Erfüllung des Contracts und nur bei verschuldeter Unmöglichkeit dieser, *in subsidium*, auf Leistung des Interesse,

l. 11. §. 15. et l. 30. §. 1. D. de act. emt. uend.

Brunnem. ad leg. 11. cit. n. 1. et 4.

Hellfeld. l. c. §. 984. 1040.

Malblanc. Princ. iur. Rom. §. 554. V. et not. m.

§. 11.

Da nun der Richter die Klagen, welche ohnehin nach dem Canonischen Recht, an keine bestimmten Formeln gebunden sind,

cap. 6. X. de iudiciis.

möglichst so verstehet, wie sie nach dem Gesetzen, verfaßt seyn sollten,

l. un. Cod. Vt quae desunt aduocat &c.

Renners Abhandl. v. Richterl. Erfüll. Amt §. 6.

und der Kaufcontract keine alternative Verbindlichkeit begründet; so mußte die zweite Helfte der alternativischen Klagbitte, nach der Natur der angestellten Kaufklage, für ein subsidiarisches Gesuch gehalten werden, worauf eine Rücksicht schon um deßwillen nicht zu nehmen war, weil eine Unmöglichkeit der Contractserfüllung aus den Acten nicht erhellte.

Dazu kam noch ferner, daß der Beklagte über die eventuell gefoderte Schadloshaltung sich schlechter-

dings nicht erklärt, auch über diesen Gegenstand eine Verhandlung unter den Parteien nicht statt gefunden hatte *), mithin dem Richter actenmäßige Data fehlten, um die Verhältniß- oder Unverhältnißmäßigkeit der klägerischen Entschädigungsfoderung zu beurtheilen.

§. 12.

Mit Recht war daher, sowol nach dem Wesen der Kaufklage, als nach der vom Revidenten selbst aufgerufenen Regel, in der I. und II. Instanz schlechthin auf Erfüllung des Kaufcontracts erkannt worden.

Schaumburg. Princ. prax. iudic. Lib. I. Sect. I. memb. 4. §. 3.

Und eben daher fand die hiesige Facultät sich bewogen, es bei den ergangenen Erkenntnissen durchaus zu belassen, auch den Revidenten in die Kosten des verzögerten Processes zu verurtheilen.

---

*) Wenn der Beklagte es seinem Interesse gemäßer fand, die gefoderte Schadloshaltung zu leisten, als den Kaufcontract zu erfüllen; so mußte er es zur Verhandlung gar nicht kommen lassen, sondern das in der alternativischen Bitte liegende Erbieten: daß Kläger, gegen Leistung der gefoderten Schadensersatzes, seinem Rechte auf Erfüllung des Contracts entsagen wolle; sofort annehmen und sich zu dieser Leistung verpflichten.

VIII.

I) Können bei der Redhibition eines nicht ganz unbrauchbaren Pferds, die Fütterungskosten gefodert werden?

II) Findet hiegegen die exceptio compensationis, blos wegen des vom Redhibenten gemachten wirklichen oder auch wegen des möglichen Gebrauchs eines solchen redhibirten Pferds, statt?

§. 1.

Der Obristlieutenant v. K. kaufte am 21. März 1791. zu Erfurt ein schwarzbraunes Wallachenpferd um 65 Rsthlr. Der Verkäufer W. versprach hiebei schriftlich: für die Hauptmängel, nemlich: rotzig, haarschlechtig, dumm, lahm, blind, binnen hier und acht Tagen, zu haften.

Nach ungefähr vier Wochen, machte v. K. die gerichtliche Anzeige: es habe sich, noch binnen der Gewährungszeit, eine spathartige Lähme an den Hinterfüssen dieses Pferds gezeigt; und es seye dasselbe, wegen dieses Fehlers, welchen es schon zur Zeit des geschlossenen Contracts gehabt, in seinem Postzuge nicht zu gebrauchen. Nach fruchtlos versuchter Güte, trat Obristlieut. v. K. mit der redhibitorischen Klage auf, wodurch Er auf Zurücknahme des Pferds, auf

Zurückgabe des Kaufgelds mit Verzugszinnßen, und auf Schäden- und Kosten-Ersatz antrug *).

§. 2.

Da der Beklagte die Lähme zur Zeit des Contracts leugnete; so wurde dem Kläger auferlegt, den Grund seiner Klage zu erweisen.

Nach geführtem Beweise und Gegenbeweise, wurde am 15. Febr. 1798. das von Helmst. eingeholte Endurtheil dahin eröfnet:

Würde Producent, zur Erfüllung, eydlich erhärten,

daß das von dem Producten am 21. März 1791. erkaufte Pferd, schon zur Zeit des geschlossenen Handels, eine spathartige Lähme an sich gehabt, oder solche doch, binnen den ersteren acht Tagen nach

*) Diese Rechtsstreitigkeit ist theils als leidiges Beispiel von dem oft so langsamen Gange der deutschen Justitzpflege, theils dadurch merkwürdig, daß man hiebei die redhibitorische Klage, wegen einer nicht gänzlichen Unbrauchbarkeit der gekauften Sache, unbedenklich zuließ, somit eben die Grundsätze befolgte, welche Feuerbach erst späterhin in ein neues Licht gesetzt hat.

s. desselben Civilist. Versuche (Gieß. 1803. N. 2.) Beweis, daß die Redhibitorienklage sowol statt finde wegen Mängeln, welche die Brauchbarkeit der Sache völlig aufheben, als auch wegen solcher, die ihren Werth verringern.

nach geschlossenem Kauf, an dem Pferde quaest. sich geäussert und bemerkt worden;

so ist Product das Pferd qu., gegen Zurückgabe des erhaltenen Kaufgelds, zu 65 Rsthl. wiederum anzunehmen, auch dem Producenten alle demselben dadurch erwachsende Schäden, wenn solche zuvor gehörig liquidiret worden, auch die Kösten dieses Processes — — zu erstatten verbunden.

§. 3.

Der Beklagte bediente sich hiegegen der Appellation. Es erfolgte aber ein (von Erlang eingeholtes) bestätigendes Urtheil, und zwar mit folgendem Anhang:

dieweil auch immittelst der appellatische Obrist v. K. mit Tode abgegangen; so ist der von demselben acceptirte und offerirte Erfüllungseyd, Einwendens ungeachtet, für geleistet und abgelegt, sonach das am 15. Febr. 1798. eröffnete Urtheil für purificirt zu achten. Es ist auch Appellant die Kosten des verzögerten Processes — — zu erstatten schuldig *).

Und dieses Erkenntniß gieng, nachdem auch noch die Berufung an Herrn Herzog v. S. W. abgeschlagen war, endlich im 11ten Jahre der gerichtlichen Verhandlungen, in die Rechtskraft über.

---

*) Ueber diese Frage s. Bülows und Hagemanns Pract. Erörterungen B. III. N. 20.

Bayerische Staatsbibliothek München

§. 4.

Bei der nun folgenden Liquidation wurde vorzüglich über die klägerische Entschädigungsfoderung von 397. Rsthl. für vier Jahre fünf Monate, Haber, Heu, Hufschlag und Wartung, iährlich zu 82. Thlr. 9. Sgr. laut Specification sub D gestritten. Der Liquidant gründete sich darauf, das das Pferd nicht gebraucht worden seye. Hingegen leugnete der Liquidat schlechterdings, daß er Fütterungs- und Wart-Kosten zu bezahlen, schuldig seyn sollte. Denn es erhelle aus den Hauptacten und seye durch die Angabe in der Liquidation: daß das Pferd von Jahr zu Jahr mit acht neuen und acht alten Eisen beschlagen worden, sogar zugestanden, daß man v. K. Seits das Pferd gebraucht habe. Wer aber ein Pferd gebraucht, müsse es, auf seine Kosten, füttern, beschlagen und warten lassen. Auf allen Fall schützte der Liquidat die Einrede der Compensation, wegen eben dieses Gebrauchs des Pferds, vor, und berechnete hiefür eine Gegenfoderung von 538. Thl. weil das Wenigste, was landüblich für den Gebrauch eines fremden Pferds bezahlt werde, täglich acht Sgr. seye.

§. 5.

Nach geschlossenen Verhandlungen wurde am 30. Mai 1804. ein Fakultätsurtheil eröfnet, welches in Betreff dieser Entschädigungs-Foderung und Gegenfoderung, dahin verlautete:

Da auch Liquidat sich auf die Fol. 4. befindliche Schäden-Specification sub D eingelassen und deren

nicht allenthalben geständig ist; so ist Liquidant den Grund derselben und so viel ihm daran verneinet, binnen Sächsischer Frist, Liquidaten den Gegenbeweis, binnen ebenmäßiger Frist, beiden Theilen die Eydesdelation und andre rechtliche Nothdurft vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig; wobei auch dem Liquidaten in dem Gegenbeweise, seine Fol. 86. sqq. vorgeschützte Ausflucht, iedoch nur dahin, daß er bestimmt angebe, wie oft und wozu das qu. Pferd von dem verstorbenen v. K. gebraucht worden, und wie viel, wenn zu dieser Arbeit ein anderes Pferd gemiethet worden, an Miethgeld zu bezahlen gewesen, auszuführen, unbenommen bleibt; worauf 2c.

§. 6.

Durch das Rechtsmittel der Leuterung, welches der Liquidat gegen dieses Urtheil einwandte, kamen die Acten an hiesige Fakultät.

Beim ersten Blick schien das gefällte Interlocut der rechtlichen Ordnung durchaus gemäß.

Denn allerdings bewirkt

1) die Wandelungsklage eine Art der Wiederherstellung des vorigen rechtlichen Zustands, wie dieser nemlich vor geschlossenem Kaufscontract gewesen ist,

l. 23. §. 1. et 7. l. 60. D. de Edict. aedil.

Lauterbach. Colleg. th. pract. tit. eod. §. 24.

Hofacker. Princ. Iur. Rom. Germ. §. 1930. c. 1.

so daß der Käufer das Kaufgeld mit Zinnßen,

l. 29. §. 2. D. eod.

und der Verkäufer die zurück zu nehmende Sache, mit den Nutzungen, zurück erhalten soll.

l. 23. §. 1. l. 24. D. eod.

Hiernächst

2) fand sich bei den Hauptacten nur einige Bescheinigung eines v. K. Seits gemachten Gebrauchs, keineswegs aber ein rechtlicher Beweis des vom Liquidaten behaupteten täglichen und ununterbrochenen Gebrauchs des redhibirten Pferds. Daher schien es rechtlich, daß, wie der Liquidant die gefoderten Fütterungs- und Wartungs-Kosten; so der Liquidat den Grund seiner Einrede erweisen müsse, und daß in Hinsicht auf Letztere, nur der wirkliche, nicht der blos mögliche Gebrauch des Pferds, in Betrachtung kommen könne; weil nur iener, nicht aber dieser, dem Käufer einen Vortheil gewährte.

§ 7.

Bei näherer Prüfung der Sache fand sich iedoch, daß der Leuterant durch die Bestimmung sowol dieses, dem Liquidanten auferlegten Beweises, als des, ihm selbst nachgelassenen Gegenbeweises, beschwehrt war.

Ad 1) Durfte nicht blos auf den angeführten, obwol richtigen allgemeinen Grundsatz gesehen, sondern es mußte zugleich die hier einschlagende besondere Vorschrift der Gesetze beachtet werden,

in leg. 30. §. 1. Dig. de Aedilit. edicto.

Sed cibaria seruo data non esse imputanda, Aristo (ait,) nam nec ab ipso (emtore) exigi, quod in ministerio eius fuit.

Vergl. l. 18. §. 2. D. Commodati u. contra.

Cibariorum impensae naturali ratione ad eum pertinent, qui seruum utendum accepit.

l. 28. §. 1. D. de donat. int. uir. et uxor.

Denn, was hier vom Sclaven und dessen Diensten gesagt wird, ist, nach dem Geiste des Gesetzes und nach den im Römischen Recht angenommenen Auslegungs-Grundsätzen, ohnfehlbar auch vom Pferde und dessen Gebrauch zu verstehen. Es darf sonach der Käufer, wenigstens in der Regel, die Unterhaltungskosten nicht zurückfodern, weil sie ihm, schon durch den Gebrauch des Pferds, vergütet sind.

Meu. ad I. Lubec. P. III. tit. 6. art. 14. n. 11.

Röveſtrunck. Meditat. aedilit. Lib. I. cap. 9. n. 51.

Voet. Comment. ad Pand. tit. de edict. aedil. §. 4.

Malblanc. Princ. iur. Rom. §. 585. VI.

Münters Roßtauscher-Recht (2te Ausg.) Abschn. X. §. 15.

§. 8.

Ueberdies kam in Erwägung, daß das ergangene rechtskräftige Endurtheil (§. 2.) dem Kläger kei-

neswegs die Fütterungs= und Wartungs=Kosten, sondern, in Gemäßheit der schon angeführten gesetzlichen Bestimmung, und der,

leg. 27. D. de aedil. edict.

Indemnis enim emtor debet discedere.

Vergl. Meu. cit. l. num. 11. sqq.

Buder de uitiis pecor. uenal. Sect. II. §. 11.

blos im Allgemeinen den Schadenersatz zugesprochen hat. Daher konnte der Liquidant Vergütung der aufgelaufenen Fütterungs= und Wartungs=Kosten nicht so schlechthin, sondern nur insoferne fodern, als diese Kosten unter den Begriff eines erlittenen Schadens fallen; d. h. nur in so weit, als das redhibirte Pferd, wegen seiner spathartigen Lähme, von geringerer Brauchbarkeit war, als es sonst, ohne diesen Mangel, gewesen seyn würde. Den Ersatz sämmtlicher Fütterungs= und Wartungs=Kosten würde aber der Liquidant nur dann mit Recht gefodert haben, wenn dieses Pferd bekannter= oder erweislichermassen schlechterdings unbrauchbar gewesen wäre.

§. 9.

Nun lässet sich aber das Letztere keineswegs behaupten, weder nach der Natur der Spathlähme, noch nach des Klägers eigenen Angaben, noch nach dem übrigen Inhalt der Acten.

a) Nicht nach der Natur dieser Krankheit. Denn die Spathlähme macht zwar ein Pferd zur Jagd oder

wo sonst sehr schnelles Laufen erfoderlich ist, untüchtig; sie hindert aber nicht allen Gebrauch des Pferds.

Der vollkommene Pferdekenner (Uffenheim 1764.) Th. II. Abschn. 6. S. 163.

b) Nicht nach des Klägers eigenen Angaben. In der Klage behauptete derselbe blos, daß er das gekaufte Pferd in seinem Postzuge nicht gebrauchen könne; und in der Liquidation, daß es nicht gebraucht worden seye.

c) Nicht nach dem übrigen Inhalt der Acten. Vielmehr ist die Brauchbarkeit des Pferds von den Beweiszeugen des v. K. selbst bestätigt.

Der Cur- und Hufschmidt W. versicherte:

zu gebrauchen wäre das Pferd zwar, aber es seye kein dauerhaftes Pferd, massen es gar bald abgemattet werde.

Zachar. K. bezeugte:

Zum Postzug wäre das Pferd zwar zu gebrauchen — sobald aber dergleichen Pferde in den Stall kommen, oder stehen, fangen sie an, lahm zu werden.

Und sogar der wirkliche Gebrauch dieses Pferds erhellet vorläufig genugsam, theils aus einigen Aussagen des Gegenbeweiszeugen H. theils aus einem Schreiben der Frau v. K. welches zwar noch nicht recognoscirt, aber allem Ansehen nach, ächt ist.

§. 10.

Aus allem diesen folgt, daß sowol die Bestimmung des liquidantischen Beweissatzes auf die blose Richtigkeit der Fütterungs- und Wartungskosten, als die Beschränkung des dem Liquidaten vorbehaltenen Beweises seiner Einrede der Compensation, auf den wirklichen Gebrauch des Pferds, allerdings zum Nachtheil des Leuteranten gereicht.

Besonders kann diese Beschränkung des indirecten Gegenbeweises um so weniger statt finden, als es die eigene Schuld des Obristen v. K. gewesen seyn würde, wenn er das so lange an sich behaltene Pferd nicht in so weit, als dasselbe gebraucht werden konnte, wirklich gebraucht haben sollte. Denn die Gesetze verpflichten den Käufer auch zu Erstattung solcher Vortheile, welche er aus der Sache ziehen konnte, iedoch durch sein Verschulden nicht gezogen hat.

l. 23. §. 9. Dig. de Aedil. edict.

Si quid ad emtorem peruenit *uel culpa eius non peruenit*, restitui oportet.

l. 61. §. 2. D. de furt.

in caussa redhibitionis — — accessiones et fructus emtor restituere cogitur.

Vergl. Balduin. Annotat. in tit. de Aedilit. edict. (in Heinecc. Iurisprud. Rom. et Attic. Tom. I. pag. 893.) ad leg. 23. §. 9. de Aedil. edict.

Saepe in hoc titulo dicitur, in redhibitione uenditori reddendum esse, quicquid ipsi rei accessit, etiam post uenditionem, ueluti *fructus*, mercedes et reliqua omnia, quae propter rem uenditam ad emtorem peruenerunt, *uel eius culpa non peruenerunt.*

Röveſtrunck. cit. l. n. 29. ibique alleg.

Strauch. diss. aedilit. prior. de redhibit. act. cap. VII. §. 1.

Hofacker. Princ. I. Rom. Germ. §. 1930. C.

§. 11.

In Hinsicht auf die Bestimmung des liquidantischen Beweissatzes dürfte nun zwar das vorige Urtheil dadurch gerechtfertigt scheinen, daß einestheils der Liquidat auf die Foderung der Fütterungskosten, sich eingelassen, ja sogar eine Gegenfoderung für den Gebrauch des Pferds gebildet hat, mithin es nur noch darauf angekommen seye, ob und in wie ferne der Liquidant den angesetzten Betrag dieser Kosten würde erweisen können; und daß anderntheils dem Leztern ein verneinender Satz ohnehin nicht habe zum Beweisthema vorgeschrieben werden können.

l. 2. Dig. de probat.

l. 23. Cod. eod.

l. 10. Cod. de non num. pecun.

§. 12.

Es konnte jedoch dem Leuteranten weder seine Einlassung auf die berechneten Fütterungskosten noch

die vorgeschützte Einrede der Compensation schaden. Denn die erstere war blos eventuell und nur dem absoluten Widerspruch der Foderung (s. §. 4.) angefügt.

Eben daher war die ermelte Einrede natürlich nur auf den Fall vorgeschützt, da etwan dem Liquidaten die Bezahlung der Fütterungskosten auferlegt werden könnte. Noch ausserdem kam ihm der bekannte rechtliche Grundsatz zu statten:

Qui excipit non fatetur.

l. 9. Dig. de except.

l. 43. Dig. de reg. iur.

l. 9. Cod. de except.

c. 6. X. eod.

cap. 63. de reg. iur. in VIto.

Uebrigens ist ohnehin ausser Zweifel, daß die Eigenschaft eines bestimmt (nicht indefinite) verneinenden Satzes von der Verbindlichkeit zum Beweise nicht befreien könne.

l. 25. pr. et §. 4. Dig. de probat.

cap. 14. X. de fide instrum.

Westphals Abh. v. d. rechtlichen Beweise einer Verneinung (in dess. 2te Samml. N. 3.)

Danzens Grunds. d. ord. bürg. Processs. §. 233. und Not. a.

Weber üb. d. Verbindlichk. z. Beweisführ. Abschn. VI. §. 3. woselbst auch (S. 205.) fgg. gezeigt ist, daß die beim nächstvorhergehenden Paragr.

angeführten Gesetze dieser Lehre nicht entgegen stehen.

§. 13.

Die hiesige Fakultät fand sich daher bewogen, zu erkennen:

daß es, was die Bestimmung sowol des, dem Liquidanten auferlegten Beweises, als des dem Liquidaten nachgelassenen (indirecten) Gegenbeweises, in Hinsicht auf die liquidantische Schäden-Specification unter ☽ betrift, bei dem vorigen Erkenntnisse nicht zu lassen; sondern es ist Leuterant, ausser der Richtigkeit der specificirten Fütterungs- und Wartungs-Kosten, auch noch, daß und wieferne das redhibirte Pferd entweder ganz unbrauchbar oder doch weniger brauchbar, als ein anderes unmangelhaftes Pferd dieser Art gewesen, folglich der auf dasselbe gemachte Fütterungs- und übrige Aufwand, entweder ganz oder zum Theil, als ein durch diesen Pferdkauf erlittener Schade zu betrachten seye; zu erweisen schuldig; und wird hiebei dem Leuteranten der Gegenbeweis schlechthin, somit nicht blos in Ansehung des v. K. Seits wirklich gemachten, sondern auch des möglichen Gebrauchs des quästionirten Pferds billig vorbehalten xc.

IX.

Von der Einrede der Unbrauchbarkeit der gelieferten Kaufmannswaaren.

§. 1.

Als das Handelshaus v. D. und O. gegen den Handelsmann W. zu F. einen Waaren-Foderungs-Rest von 960 fl. 18 Kr. einklagen ließe; so schützte der Beklagte die exceptio redhibitoria vor. Denn er könne durch Kunstverständige und Zeugen erweisen, daß ein Theil des ihm von den Klägern gelieferten Carotten-Tobacks kein Kaufmannsgut, sondern ganz unbrauchbares Zeuch gewesen seye, welches er zur Disposition der Verkäufer stehen zu lassen und an sie zurückzugeben, bestens befugt war.

l. 38. Dig. de Aedilit. edict.
Hert. in paroem. iur. Vol. I. paroem. 52.
Frankfurt. Reformat. Th. II. Tit. 9. §. 3.

Die Kläger setzten dieser Einrede die Replicken der vom Beklagten geleisteten Abschlagszahlung und des nach schon bemerkter angeblichen Unbrauchbarkeit oder Mangelhaftigkeit der Waare, ausgestellten schriftlichen Zahlungsversprechens entgegen. Zum Beweise des Letztern brachten sie einige Briefe des Beklagten, einstweilen abschriftlich, bei.

Nach beschlossener Sache wurde erkannt, daß Beklagter seine angeblichen von Klägern in Abschrift beigebrachten Briefe, falls solche in Originali producirt werden, in einem dißfalls noch besonders anzuberaumenden Termin, für die seinigen anzuerkennen, oder das Gegentheil eydlich zu erhärten, schuldig sey.

Dieser am 24. Mai 1804. eröfnete Bescheid wurde am 11. Julius desselben Jahrs Oberrichterlich bestätigt.

§. 2.

Der Beklagte legte aber noch das Rechtsmittel der Revision ein und suchte das Beschwehrliche des ergangenen Erkenntnisses auf folgende Weise ins Licht zu setzen.

1) seye er hiedurch mit dem Beweise seiner Einrede, worauf er sich doch berufen habe, ausgeschlossen worden;

2) die zur Recognition ausgestellten Briefe seyen blos einzelne aus dem Zusammenhang gerissene Stücke einer weitläufigen aber zuletzt ohne Folge gebliebenen Vergleichscorrespondenz, welche eben wegen des iezigen Streitgegenstands, nemlich wegen der beim Mahlen entdeckten Unbrauchbarkeit eines Theils des übersendeten Tobacks, geführt wurde. Daher seyen diese Briefe ohne alle Beweiskraft und könne folglich auf sie ein dereinstiges Definitiverkenntniß nicht gegründet werden.

§. 3.

3) In diesen Briefen finde sich nicht einmal ein eigentliches, geschweige ein unbedingtes Zahlungsversprechen. Vielmehr enthalten dieselben, so wie das unter Num. 18. angefügte Schreiben, blos den Vergleichs-Vorschlag: daß der Beklagte die unbrauchbare Waare, in kleinen Partien, (besserem Toback) beimischen und wenn er so derselben losgeworden, ihren Betrag bezahlen wolle.

Aber auf dieses Vergleichserbieten könne aus gedoppeltem Grunde keine Rücksicht genommen werden, da einestheils dasselbe vom Kläger nicht angenommen worden, und da anderntheils erst nachher, die zweite Sorte Toback, bei dem nöthigen Mahlen, von neuem in Gährung übergegangen und dadurch selbst zum Vermischen untauglich geworden seye.

4) Endlich stehe dem Revidenten auch die mit 2000 fl. geleistete Zahlung nicht entgegen, weil die erhaltene Waare zum Theil brauchbar und es daher natürlich gewesen, daß er den Saldo derselben bezahlt habe. Daraus lasse sich noch keineswegs ein gültiger Schluß ziehen, daß der Beklagte auch mit dem unbrauchbaren Theil der Waare, worüber er sich fortdauernd beschwehrt hatte, zufrieden gewesen seye.

§. 4.

Allein, nach Inhalt der Acten, hatte der Beklagte dasjenige Kaufsgeschäfte, welches den Klaggrund

ausmachte, zugestanden. Seiner Ausflucht der Unbrauchbarkeit eines Theils des gekauften Tobacks waren die Replicken der geleisteten Abschlagszahlung und des späterhin ausgestellten Zahlungsversprechens entgegengesetzt.

Die Erstere konnte vom Beklagten nicht geleugnet werden. Zum Beweise der Letztern waren desselben eigene Briefe in Abschrift beigebracht worden.

Es ist demnach der §. 1. angeführte Bescheid der Lage des Streits völlig angemessen.

Konnte dieses spätere Zahlungsversprechen erwiesen werden; so kam auf den factischen Grund der exceptio redhibitoria weiter nichts an.

Es stand indeß, selbst hievon abgesehen, der Zulässigkeit dieser Einrede entgegen, daß W. ungeachtet seiner Beschwehrden über die Qualität des Tobacks und ungeachtet der vom Verkäufer erbotenen Zurücknahme desselben, den Toback gleichwol weder zurückgegeben noch zur Disposition des Verkäufers Gerichtlich oder sonst hinterleget, noch auch nur über die vorgebliche Unbrauchbarkeit der Waare eine Besichtigung durch verpflichtete Sachverständige veranlasset, vielmehr den gekauften Toback in Händen behalten und davon, selbst nach einer Beilage zum Revisionslibell, als von seinem Eigenthum, namentlich durch Verkauf, Gebrauch gemacht hatte.

Tempestive enim de uitiosis mercibus querendum aut illae remittendae sunt.

Gaſſer. Obſeru. ſel. forenſ. Cap. 9. obſ. 11.

Si quis rem emtam in ſuos uſus conuertit, — — redhibitoria exceptione non gaudet. Multo minus, ſi alteri ut ſuam uendidit, *quia uendendo approbauit ut bonam &c.*

Meu. Deciſ. P. IV. dec. 341.

§. 5.

Daß aber dieſe Einrede, durch die Replicken der Kläger, insoferne dieſelben erwieſen werden, gänzlich vernichtet wird; ergiebt ſich aus dem Inhalt der letzten Briefe.

Es ſchrieb nemlich der Beklagte, nach ſchon gemachter Entdeckung der angeblich ſchlechten Beſchaffenheit, beſonders der zweiten Sorte Tobacks, nicht nur unterm 27. Oct. 1802. an die Verkäufer:

so will ich, da ich Proceſſe haſſe, mir auch dieſes gefallen laſſen und die zweite Sorte ſämtlich behalten;

ſondern es leiſtete derſelbe auch, dieſem gemäß, in der Mitte Novembers, eine abſchlägliche Zahlung von 2000 fl. und beantwortete ein nachheriges Mahnſchreiben des Verkäufers wegen verzögerter Zahlung, unterm 8. Jun. 1803. dahin:

Ihre Forderung — — würde bereits abgetragen ſeyn, wenn ihre Bedienung rechter Art und zu meiner Zufriedenheit ausgefallen wäre. Bei dem Gegentheil aber und da ihre zweite Sorte gar nicht an

Mann

Mann zu bringen ist, müssen Sie Sich noch bis nächste Herbstmesse gedulten. Mit der Zahlungszeit darf ich es eben so wenig genau nehmen, und muß nur froh seyn, wenn meine Ausstände sicher sind.

Sind nun diese Schreiben ächt — und eben hierüber soll die auferlegte Recognition der Urschriften die Gewißheit verschaffen — so ist klar, daß der Beklagte seiner angemaßten Redhibitionsbefugniß entsaget und dem gemäß die schuldige Zahlung, sogar auf einen bestimmten Termin, zugesichert habe.

Am allerwenigsten können diese Schreiben für irrelevante Urkunden geachtet werden; folglich wird ihre Anerkennung mit Recht gefodert;

cum illa tantum instrumenta, quae recognita nil probant, non sint recognoscenda.

l. 15. §. 1. D. de reb. auct. iudic. possid.

Carpzou. Iurisprud. forens. P. I. Const. 17. def. 12.

Schaumburg. Princ. prax. iudic. Lib. I. Sect. I. membr. 3. cap. 3. §. 13.

§. 6.

Die Unhaltbarkeit der Zweifelsgründe (§. 2. 3.) ist nun leicht zu zeigen.

Ad 1) war der Beklagte mit dem Beweise seiner Einrede nicht schlechthin, sondern nur insoferne ausgeschlossen, als derselbe unnütz gewesen seyn würde; nemlich für den Fall, da Er die producirten Briefe

anerkennen mußte. Dieser Fall war freilich mit höchster Wahrscheinlichkeit vorauszusehen, weil der Beklagte seine Briefe bereits deutlich genug (implicite) — obwol noch nicht förmlich — anerkannt hatte. Aber um so mehr gebot die Pflicht des Richters, kein vergebliches Verfahren über die Einrede der Unbrauchbarkeit der Waare zu veranlassen.

Für den entgegengesetzten, äußerst, unwahrscheinlichen Fall, da der Beklagte die vorgelegten Briefe sollte endlich ableugnen können, war zur Zeit nichts erkannt, und blieb ihm folglich das Verfahren über die Statthaftigkeit seiner Einrede und der allenfalsige Beweis derselben unbenommen.

Ad 2) Diesen Angaben widerspricht der Inhalt der Briefe, nach welchem sie gewiß nicht für durchaus unerheblich gehalten werden können. Die Einreden gegen ihre Beweiskraft gehören nicht hieher, wo nur ihre Aechtheit oder Unächtheit auf rechtliche Weise festgesetzt werden soll; gehören um so weniger hieher, da dergleichen Ausflüchte durch die Recognition einer Urkunde nicht verlohren gehen.

Schaumburg. cit. l. §. 19.
Danzens Grundsätze des gemein. ord. bürg. Process. §. 331.

§. 7.

Ad 3) Auch diese fernern Behauptungen des Beklagten sind mit dem klaren Inhalt der Schreiben im Widerspruch. Diese enthalten vielmehr die aus-

drückliche Erklärung, die Waare, ihrer schlechten Beschaffenheit ungeachtet, behalten zu wollen; woraus die Zahlungsschuldigkeit unmittelbar fließt. Sie enthalten noch überdies ein ausdrückliches Zahlungsversprechen wegen des Rests der Kaufgelder, wobei blos der Termin zur Zahlung, wegen der angeblichen großen Mangelhaftigkeit der Waare, bis auf die Herbstmesse hinausgesetzt worden ist.

Offenbar ist also dieses Versprechen, nach längst erlangter genauen Kenntniß des erkauften Tobacks, geschehen und kann daher das weitere ganz unbescheinigte, auch mit den eigenen Handlungen des Beklagten im Widerspruch stehende Vorgeben einer nachher erst entdeckten gänzlichen Untauglichkeit der Waare nicht in Betracht kommen.

§. 8.

Ad 4) Da der Revident keineswegs einen oder den andern bestimmten Waarenposten abgetragen, sondern überhaupt auf sämmtliche — nach dem stillschweigend anerkannten Contocorrent, zusammen 2960 fl. 18 Kr. ausmachende Posten, die runde Summe von 2000 fl. in der Mitte Novembers 1802. d. i. zu einer Zeit bezahlt hat, wo er die angebliche Unbrauchbarkeit des Tobacks allschon bemerkt, auch darüber gegen die Revisen sich bereits beschwehrt hatte; so ist dies wol ausser Zweifel als eine Abschlags-Zahlung anzusehen, wodurch die Richtigkeit der ganzen Foderung anerkannt wird.

l. 4. Cod. de non num. pecun.

Brunnemann. ad hanc leg.

Lauterbach. Colleg. th. pract. Lib. 14. tit. 6. §. 21.

Cocceii I. Controuerſ. Lib. 14. tit. 6. qu. 12. n. 2.

Leyſer. Medit. ad Pand. Spec. 464. m. 4.

Indeß kommt es hierauf nicht einmal an, da, ſelbſt ohne alle Rückſicht auf dieſe Zahlung, der Beklagten Verbindlichkeit zur Recognition oder endlichen Diffeſſion der in Frage ſtehenden Briefe feſtſtehet.

§. 9.

Daher wurde es nicht nur bei dem Oberrichterlich beſtätigten Beſcheid (§. 1.) belaſſen, ſondern auch der Revident, bei der offenbaren Unerheblichkeit und Frivolität ſeiner Beſchwehrden, zu Folge der frankfurtſchen Rathsverordnung vom 22. Jul. 1788. neben der Verurtheilung zu den Koſten des verzögerten Proceſſes, auch noch mit einer Geldbuſſe von fünf Reichsthalern beſtraft.

X.

I) Ist der Erbe die von seinem Erblasser verwirkte Conventionalstrafe zu bezahlen schuldig?

II) Wird eine auf den Fall, da der Vergleich gerichtlich oder aussergerichtlich angefochten würde, bestimmte Conventionalstrafe, auch durch Nichterfüllung oder Uebertretung des Vergleichs in einem oder dem andern Puncte, verwirkt?

III) Was wirkt die Obrigkeitliche oder Gerichtliche Bestätigung der Verträge?

§. 1.

Der Schutziude J. L. B. zu F. hatte sich mit seinem zur christlichen Religion übergetretenen Bruder, dem Handelsmanne F. M. B. wegen der väterlichen Erbschaft, durch einen am 7. April 1790. geschlossenen Vergleich, aus einander gesetzt; in welchem (§. 17.) dem christlichen Bruder zur Pflicht gemacht war, alle erbschaftliche und Familien-Urkunden an seinen iüdischen Bruder auszuliefern.

Nach §. 29. dieses Vergleichs waren die beiden Paciscenten dahin miteinander übereingekommen, daß derienige zur Bezahlung einer Conventionalstrafe von 30,000 fl. verbunden seyn solle,

welcher, es seye gerichtlich oder aussergerichtlich, sich anmasset, diesen Vergleich ganz oder zum Theil anfechten zu wollen.

§. 2.

Hiernächst legten die beiden Brüder den geschlossenen Vergleich ihrer Obrigkeit zur Bestätigung vor, welche am 10. April 1790. unter der Weisung ertheilt wurde,

daß ieder der transigirenden Brüder dem Vergleich, nach allen seinen Puncten und Clauseln, bei Vermeidung der demselben einverleibten Conventionalstrafe, genau und unverbrüchlich nachkommen solle.

§. 3.

Nach einiger Zeit verstarb der Handelsmann F. M. B. mit Hinterlassung eines Testaments, worin er den frankf. Bürger, F. C. H. zum Erben ernannt hatte.

Nun wollte der Schutziude B. die Entdeckung gemacht haben, daß sein verstorbener Bruder eine Menge solcher erbschaftlicher und Familien-Urkunden, welche derselbe, zu Folge des Vergleichs, an ihn hätte ausliefern sollen, zurückbehalten habe.

Und so hielt derselbe sich für berechtigt, gegen den Testamentserben seines Bruders, auf Bezahlung der stipulirten und verfallenen Conventionalstrafe von 30,000 fl. Klage erheben zu können.

§. 4.

Bei Beurtheilung dieser Klage kam es nun auf die vorangesetzten drei Fragen an.

Die Beiahung der erstern war nicht ausser allem Zweifel, da

1) die Gesetze ganz allgemein verordnen, daß die Strafe blos den Verbrecher treffen, nicht aber gegen den Erben desselben, statt finden solle,

l. 5. et 20. Dig. de poen.

l. 22. Cod. eod.

l. 38. et 164. D. de reg. iur.

cap. 2. X. de his, quae fiunt a maior.

2) selbst die auf Privatstrafen gerichteten Pönalklagen, der Regel nach, gegen den Erben nicht zuläßig sind,

§. 1. Inst. de perpet. et tempor. act.

l. 23. §. 8. Dig. ad leg. Aquil.

Boehmer. Doctr. de actionib. Sect. I. cap. 3. §. 10.

3) eben hieraus zu folgen scheint, daß auch eine Conventionalstrafe gegen den Erben nicht eingeklagt — sondern nur allenfalls die schon gegen den Erblasser erhobene und bis zur Einlassung gebrachte Klage gegen den Erben fortgesetzt werden könne.

cit. §. 1. Inst. de perpet. &c. in fin.

l. 26. et l. 58. Dig. de obligat. et act.

l. 164. D. de reg. iur.

Pufendorf. Obseruat. iur. uniu. Tom. IV. Obs. 94.

§. 5.

Allein die

ad 1) angeführten Gesetzstellen beziehen sich nur auf Verbrechen und deren Bestrafung. Es können folglich dieselben nicht auf Fälle eines blos vertragswidrigen Benehmens und einer hiedurch verwirkten Conventional-Strafe angewendet werden.

ad 2) Ein ähnliches Verhältniß tritt bei den gesetzlich verordneten Privatstrafen ein. Die angeführte Stelle der Institutionen sagt:

> Est certissima iuris regula, ex *maleficiis* poenales actiones in heredem non competere: (ueluti) furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.

§. 6.

Und es fallen diese beiden Zweifelsgründe um so gewisser hinweg, als es, in Ansehung der Conventionalstrafen, nicht an speciellen gesetzlichen Bestimmungen fehlet, nach welchen die aufgeworfene Rechtsfrage beiahend entschieden werden muß. Man sehe

leg. 47. Dig. de act. emt. et uend.

> *Ex contractu*, de quo quaeritur, *etiam heredem* uenditoris *in poenam* conueniri posse.

l. 4. §. 1. l. 5. §. 3. et 4. D. de uerbor. obligat.

l. 149. de reg. iur.

Ant. Fabri Rational. ad leg. 47. D. de act. emt. et uend.

Heres — — praestare debet poenam debitam *ex contractu* — — quia et obligatio et executio contractus transit in heredem l. ult. et tot. tit. Cod. de hereditar. act.

Lauterbach. diss. de transitione action. §. 23. (in dissert. Vol. III n. 136.)

Claproths Rechtswissensch. v. Eingeh. d. Verträge ꝛc. Th. I. §. 39. Not. b.

Ohnehin sind diese Grundsätze ganz natürliche Folgen aus dem Begriffe des Erben, als welcher in das ganze Rechtsverhältniß seines Erblassers eintritt und daher alle Verbindlichkeiten desselben (nur die so- genannten personalissimas ausgenommen, dergleichen hier nicht obwaltet) als die seinigen, anerkennen muß.

Und so ist es denn

ad 3) überflüssig, bei der, aus den widerlegten Prämissen gezogenen Folgerung noch besonders zu ver- weilen.

§. 7.

Mußte nun diesemnach anerkannt werden, daß die Verbindlichkeit zur Entrichtung einer Conventio- nalstrafe auf den Erben übergehet; so schien auch der Statthaftigkeit der vom Schutzjuden B. erhobenen Klage nichts entgegen zu stehen. Ueberdies gewann es den Anschein, daß Letzterer seinen Klaggrund bereits genugsam erwiesen habe.

Die Festsetzung der Conventionalstrafe im Vergleich und die Obrigkeitliche Bestätigung derselben waren keinem Zweifel unterworfen. Eben so schiene selbst die Thatsache, daß der verstorbene Handelsmann B. durch Uebertretung eines Vergleichspuncts sich verfehlt habe; bereits hinreichend dargethan zu seyn. Denn man hatte, in desselben Nachlaß, eine Menge Papiere gefunden, welche, allem Ansehen nach, in die Classe der erbschaftlichen und Familien-Urkunden gehörten, zu deren Auslieferung der Verstorbene verpflichtet war, und die er sonach vergleichswidrig zurückbehalten haben mußte.

Ja es hatte der Verstorbene, wegen dieser angeblichen Familien-Urkunden, in seinem Testamente sogar eine gewisse Verordnung gemacht, wodurch er über diese von ihm zu schulden gebrachte Uebertretung des Vergleichs, ein stillschweigendes Geständniß abgelegt zu haben schien.

§. 8.

Des Beklagten Erblasser war daher, allem Anschein nach, in die Conventionalstrafe der 30,000 fl. und zwar um so ungezweifelter verfallen, als dieselbe nicht nur durch eine gerichtliche Anfechtung des Vergleichs, sondern auch durch eine aussergerichtliche Bestreitung desselben, verwirkt werden konnte. Unter der aussergerichtlichen Anfechtung des Vergleichs läßt sich aber wol nichts anders verstehen, als eine Erklärung, daß man den Vergleich nicht halten wolle.

Werde aber die Conventionalstrafe schon durch eine solche Erklärung verwirkt, so müsse das noch vielmehr durch die That selbst (Nicht-erfüllung; Uebertretung der Vergleichsobliegenheiten) geschehen, indem dergleichen, zumal positive Handlungen, den auf Brechung des Vergleichs gerichteten bösen Willen noch zuverläßiger, als eine blos wörtliche Erklärung, erweisen.

Am allerwenigsten schien dieses, nach der Fassung der Obrigkeitlichen Bestätigung (§. 2.) einem Zweifel unterworfen zu seyn; da diese, schon wegen Nichtbeobachtung eines Vergleichspuncts, die Conventionalstrafe androhet.

§. 9.

Indeß kamen dem Beklagten hiegegen folgende überwiegende Gründe zu statten.

1) Nach dem klarem Inhalt des Vergleichs war diese Strafe auf den Fall (nicht der Uebertretung, sondern) der Anfechtung desselben festgesetzt. Wollte man nun auch zugeben, daß Strafbestimmungen eine erweiternde Auslegung zulassen, was doch wenigstens von eigentlichen Strafgesetzen, die mehresten Criminalisten leugnen,

G. I. F. Meister. Princ. iur. crim. §. 6. ibique cit.

so könnte dennoch diese von den Gebrüdern B. auf den bestimmten Fall der Anfechtung des Vergleichs

festgesetzte beträchtliche Geldstrafe gewiß nicht auf eine ganz andere Art von Fällen, somit nicht auf den Fall einer blosen Uebertretung des Vergleichs, gezogen werden.

Denn Letztere schließt nicht, wie die Erstere, eine Bestreitung der Gültigkeit des Vergleichs nothwendig in sich; sie ist vielmehr mit Anerkennung dieser wohl zu vereinigen.

Eben daher ist die Nichterfüllung oder Uebertretung des Vergleichs in einem oder dem andern Puncte, weit unwichtiger, als die Anfechtung des Vergleichs, welche auf Umstoßung desselben, somit auf Wiederernenerung der beigelegten Streitigkeit abzweckt. Es lässet sich folglich nicht annehmen, daß die Absicht der Transigenten stillschweigend dahin gegangen seye, daß auch iede Nichterfüllung oder Uebertretung des Vergleichs (vielleicht blos in einem minder wichtigen Puncte) eben so hart, als die Anfechtung desselben, geahndet werden sollte.

§. 10.

2) Zwar ist die Conventionalstrafe nicht auf den Fall der gerichtlichen Bestreitung des Vergleichs eingeschränkt. Vielmehr ist schon die aussergerichtliche Anfechtung desselben, worunter wol nichts anders, als die Erklärung: daß man den Vergleich für ungültig halte; verstanden werden kann — mit iener Strafe bedrohet.

Aber auch einer solchen Erklärung kann die blose Nichterfüllung des Transacts in einem oder dem andern Puncte, nicht gleich geachtet, es kann daraus nicht eine aussergerichtliche Anfechtung des Vergleichs erzwungen werden.

Denn selbst die gänzliche Nichterfüllung eines Vertrags muß nicht nothwendig aus dem Princip fließen: der Vertrag sey ungültig; sondern es kann dieselbe sehr wohl aus einer andern Quelle entspringen.

Noch weit weniger kann aus der blosen Uebertretung eines Vergleichspuncts, während man alle andern erfüllt hat, iene Schlußfolge begründet werden. Am wenigsten konnte sie im gegenwärtigen Falle statt finden, da der Kläger wiederholte gerichtliche Bekenntnisse abgelegt hatte, daß sein Bruder die ihm obgelegenen Vergleichsmäßigen Verbindlichkeiten aufs genaueste erfüllt habe.

§. 11.

3) War nun aber die Absicht der Transigenten, bei Schließung des Vergleichs, nicht dahin gegangen, daß schon iede Ueberschreitung eines Vergleichspuncts die Conventionalstrafe nach sich ziehen solle; so konnte hierin auch durch die Fassung des Obrigkeitlichen Bestätigungsdekrets (§. 2.) nichts geändert werden.

Die Confirmation gewährt, nach ihrem Begriff, kein neues Recht; sie ändert das Geschäft selbst nicht.

cap. 1. et 4. X. de confirmat. utili u. inut.

cap. 6. §. Caeter. X. de fide instrum.

cap. 13. et 29. X. de priuileg.

Meu. Decis. P. I. dec. 6.

Boehmer. Consult. et Decis. T. III. P. II. Resp. 66. n. 3.

Confirmatio in omnibus et per omnia secundum actum confirmatum intelligitur, restringitur atque extenditur.

Thibaut's Syst. d. Pandect. R. (II. Ausg.) §. 139.

Auch hatten, bezeuge der ältern Acten, die Gebrüder B. bei ihrer Obrigkeit, um nichts weiters, als um Bestätigung ihres Vergleichs, d. i. um Obrigkeitliche Genehmigung dessen, was unter ihnen bereits festgesetzt war; nicht aber um irgend eine Erweiterung oder sonstige Abänderung des getroffenen Vergleichs gebeten.

Da nun selbst die Obrigkeit, ohne Einwilligung der Transigenten, neue Vergleichsrechte nicht constituiren, und da sie dieses rechtlich nicht einmal wollen konnte; so folgt, daß der Transact nicht aus der Confirmation; im Gegentheil diese aus dem Vergleich erklärt werden müsse.

§. 12.

4) Wenn auch der Erblasser des Beklagten solche erbschaftliche und Familien-Urkunden, zu deren Auslieferung ihn der Vergleich verpflichtete, wider

besseres Vermuthen und wissentlich zurückbehalten haben sollte; so war dieses, bei den angeführten Verhältnissen und nach richtiger Auslegung des Vergleichs, ein ganz unschlüßiger, somit unerheblicher Umstand. Es konnte also weder auf die hierüber schon beigebrachten Bescheinigungen Rücksicht genommen, noch auf den Beweis der klägerischen Behauptung gesprochen werden.

Und da die Klage schon aus andern Gründen unstatthaft war; so konnte man auch die Frage übergehen: ob nicht die versprochene Geldbusse auf eine übermäßige Summe gesetzt seye? Hier wird nur kürzlich bemerkt, daß wegen der verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten über das Maas der Conventionalstrafen, nachgesehen werden könne,

Lauterbach. diss. de poena conuentionali §. 25—29. (in Eiusd. dissert. academ. Vol. III. n. 113.)

Wehrn doctr. iur. explicatr. princip. et causs. damni, hab. doli mali, culpae, morae &c. (Lips. 1795.) §. 59.

iedoch die Conventionalstrafe in den Gesetzen schlechthin verstattet und keineswegs auf den Betrag des Interesse beschränkt seye.

l. 11. §. 2. l. 32. pr. Dig. de recept.

Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena, quam res, de qua agitur.

l. 38. §. 17. D. de uerbor. obligat.

Poenam enim cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quod interſit; ſed quae ſit quantitas, quaeque conditio ſtipulationis.

§. 7. Inſt. eod.

Daher wurde ſofort definitive erkannt:

daß Implorantens Suchen nicht ſtatt finde rc.

XI.

XI.

I) Kann der Injuriant zur Privatgenugthuung und öffentlichen Strafe zugleich verurtheilt werden?

II) Können die Erben des Beschimpften fodern, daß die ihrem Erblasser zuerkannte Abbitte, nach dessen Tod, ihnen geleistet werde?

§. 1.

Der Kaufmann S. zu G. war von dem dortigen Bürger und Ackersmann B. auf öffentlicher Landstraße, in Beiseyn mehrerer Personen, thätlich (durch Peitschenschläge) mißhandelt worden, und klagte deßhalb auf Privatgenugthuung samt Schaden- und Kosten-Ersatz.

Nach verhandelter Sache, auch geführtem Beweise, wurde erkannt:

daß Kläger dasjenige, was ihm zu erweisen obgelegen und er sich angemaßt, zur Nothdurft erwiesen. Es ist daher der Beklagte, wegen der wider den Kläger, auf öffentlicher Strasse verübten Thätlichkeiten, nicht nur sich zur Besserung und zum Beispiel für Andre, mit acht Tagen Gefängniß, halb bei Wasser und Brod, zu bestrafen, sondern es ist auch der Beklagte dem Kläger im Gericht eine christliche

Abbitte zu leisten, verbunden. Nicht minder ist auch der Beklagte die Kosten dieses Rechtsstreits — — — dem Kläger zu erstatten, schuldig.

§. 2.

Der Beklagte appellirte gegen den ganzen Inhalt dieses Urtheils. Während des hiedurch veranlaßten Verfahrens starb der Kaufmann S. Es wird nun, in der Appellationsinstanz, wegen der öffentlichen Strafe — bestätigend, hingegen in Ansehung der Privatgenugthuung und des Kostenersatzes — abändernd, erkannt, dahin nemlich, daß der Beklagte von der Abbitte (wegen inzwischen erfolgten Absterbens des Beleidigten) entbunden und die Proceßkosten compensirt seyn sollen.

§. 3.

Gegen dieses Erkenntniß bedienten sich beide Theile desselben Rechtsmittels (remedii restitut. ordinarii). Hier verweilt man iedoch bei der gegenseitigen Beschwehrde der Parteien, welchen nun auch der Procurator Fisci beitrat, nur insoferne, als dadurch über die obermelten zwei Rechtsfragen eine Verhandlung entstanden ist. Hingegen übergehet man die Frage von der Schuld des Beklagten, welche nicht ohne Weitläufigkeit erörtert werden könnte, und bemerkt nur kürzlich, daß auch die hiesige Fakultät, wie die Richter der beiden vorhergehenden Instanzen, den beklagten B. der ihm zuerkannten öffentlichen Strafe für schuldig erachtete.

§. 4.

I) Indeß fand die Beschwehrde des B. welcher von der öffentlichen Strafe losgesprochen seyn wollte, selbst bei Voraussetzung seiner Schuld, im Röm. Recht eine scheinbare Unterstützung.

Die Vergehung des Beklagten ist eine Realiniurie, also nur ein Privatverbrechen, wegen dessen öffentliche und Privatstrafe nicht zugleich statt findet.

l. 6. Dig. de iniur.

Plane si actum sit publico iudicio, denegandum est priuatum; similiter ex aduerso.

§. 10. Inst. eod.

Und obwol das Röm. Recht unsere Iniurienklagen auf Abbitte und Widerruff nicht kennet; so scheint doch von ihnen eben das gelten zu müssen, was von der Römischen actio aestimatoria gilt, weil iene Klagen, wie diese, auf eine Privatstrafe gerichtet sind.

Schilter. Exercitat. ad Pand. Exerc. 49. §. 3.

Weber üb. Iniur. und Schmähschriften, Abth. II. §. 16.

Grolmans Grundf. der Crim. Rechtswissenschaft §. 354. 55.

Feuerbachs Lehrb. d. Peinl. R. (3te Aufl.) §. 296. Mit dieser Strafe (Widerruff, Abbitte, Ehrenerklärung) concurrirt elective eine willkührliche blos öffentliche Strafe, welche in Relegation, Gefängniß rc. bestehen kann.

§. 5.

Da nun der Beleidigte, wie ihm freistand, die Civilklage wählte und auf Privatstrafe klagte; so scheint es, daß auch nicht von Amtswegen, ausser der Privatgenugthuung, zugleich auf eine öffentliche Strafe erkannt werden konnte.

Weber a. a. O.

Wenn das Röm. Gesetzbuch die Iniurien zwar auch öffentlich, den Umständen nach, bestraft wissen will, aber nur dem Beleidigten das Recht giebt, auf diese öffentliche Strafe anzutragen, falls er — — die Civilklage nicht erheben will: so muß das auch bei uns als gemeines Recht gelten, so oft in den vorkommenden Fällen nur von Bestrafung der Iniurie die Rede ist, und zwar ohne weitern Unterschied, ob die Beschimpfung, als solche betrachtet, zu den groben oder geringen Beleidigungen gehört: — — — Es ist also unrecht (irrig), wenn Richter und Rechtsgelehrte dafür halten, daß heutiges Tags auf beides zugleich erkannt werden könne.

§. 6.

Allein diese Principien des Röm. Rechts sind in Deutschland, aus guten Gründen, nicht im Gebrauch.

Schon die Eintheilung der Verbrechen in delicta *publica* et *priuata*, von welcher man hiebei ausgehet, ist bei uns mit Recht verworfen. Denn sie beruhet

keineswegs auf einem wesentlichen, in der Natur der Verbrechen gegründeten Unterschied, sondern auf äussern Formen und Verhältnissen der Römischen Staats- und Gerichts-Verfassung, in Rücksicht welcher sichs in Deutschland ganz anders verhält.

Graun de superuacua delictor. diuisione in publica et priuata moribus nostris (Ien. 1756.) §. 3. sqq.

Heynii Commentat. I. et II. de iudicior. publicor. ratione et ordine apud Romanos et Graecos (in Opusc. acad. Vol. IV.)

Hätte man auf wesentliche Verschiedenheiten achten wollen; so mußte das Stuprum, manches crimen falsi &c. eben sowol, als Diebstahl und Raub, aus der Classe der öffentlichen Verbrechen ausgeschieden werden.

Jene Eintheilung ist ferner mit richtigen staatsrechtlichen Principien nicht vereinbar, weil hievon die Folge war, daß die Bestrafung oder Straflosigkeit selbst schwehrer Verbrechen, wie des Diebstahls und Raubs, von der Willkühr des Beschädigten abhängig gemacht wurde, da es doch das Interesse des Staats erfodert, daß auch dieienigen Verbrechen in keinem Fall unbestraft bleiben, welche das Röm. Recht delicta *priuata* nennt, weil auch durch sie die Rechte des Staats — obwol nur mittelbarer Weise — verletzt werden.

§. 7.

Jene Eintheilung ist endlich mit dem in Deutschland eingeführten Inquisitionsprocesse unverträglich; wodurch der Richter, in der Regel, bei allen Verbrechen, und ohne Rücksicht auf den Römischen Unterschied zwischen öffentlichen und Privat-Verbrechen, zum Verfahren von Amtswegen befugt und verpflichtet ist.

Graun. diss. cit. §. 26.

Es ist nicht abzusehen, wie Verordnungen des Römischen Gesetzbuchs, wodurch blos die Rechte des Anklägers bestimmt,

§. 10. Inst. de iniur.
de omni iniuria *eum qui passus est*, posse u. criminaliter agere u. ciuiliter.

und welche noch überdies aus unrichtigen Begriffen vom Strafrecht des Staats geflossen sind, in Deutschland, unter ganz entgegen gesetzten Verhältnissen, gegen den Staat selbst und zum Nachtheil desselben in Anwendung gebracht werden könnten, und warum auf solche Weise, die öffentliche Bestrafung schwehrer Verbrechen von der Willkühr des Beschädigten abhängig gemacht werden sollte. Hiernach müßte der Criminalrichter, auch bei Diebstahl und Raub, die Klage des Beschädigten abwarten?

Eben daher ist es Lehre der angesehensten Criminalisten, daß diese Eintheilung, obwol sie in der Peinl. Ger. Ordn. Art. 157. 158. 165. bestätigt

scheint, nach dem heutigen Gerichtsgebrauch, keine Anwendung findet *), vielmehr heut zu Tage, nur mit einer oder der andern Ausnahme, alle Verbrechen, als öffentliche betrachtet werden müssen.

Koch. Institut. iur. crim. §. 28.

G. I. Fr. Meister. Princip. iur. crim. §. 24.

Quistorps Grunds. d. deutsch. peinl. Rechts §. 27.

Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft, §. 41. Not. a.

Desselben Handb. d. Strafrechtswissenschaft, Th. I. §. 47.

§. 8.

Wenn es hiernächst allgemein anerkannt und besonders bei dem in Deutschland eingeführten Untersuchungsprocesse, selbst in Hinsicht auf die positiven Gesetze, nicht dem geringsten Zweifel unterworfen ist, daß überhaupt aus dem Verbrechen eine gedoppelte Art von Verbindlichkeit entstehet, nemlich zur öffentlichen Strafe gegen den Staat und zur Privatgenug-

---

*) Auch Feuerbach a. a. O. §. 23. spricht stillschweigend sein Verwerfungsurtheil über diese Eintheilung der Verbrechen im Röm. Sinne aus, da er derselben, wie Engelhard im Versuch des allgem. peinl. Rechts §. 49. und Graun, in der angeführten Dissertat. §. 3. einen andern in einer wesentlichen Verschiedenheit der Verbrechen begründeten und für ieden Staat passenden Sinn unterlegt.

thuung gegen den Beschädigten, deren iede von der andern ganz unabhängig ist *);

l. un. Cod. Quando actio ciuil. criminali praeiudic.

l. 12. Cod. de furt.

Peinl. Ger. Ordn. Art. 6. und 214.

Westphals Crim. Recht Anmerk. 13.

Meister. cit. l. §. 52—55.

so darf von diesen richtigen Grundsätzen auch in denienigen Fällen, wo etwan noch heut zu Tage eine Privatstrafe vorkommt, und namentlich in den schwehrern Injurienfällen, nicht abgewichen werden.

Der zufällige Umstand, daß in der gesetzlich bestimmten Privatgenugthuung etwas Pönalisches liegt oder zu liegen scheint, und die Pönalklagen als auf Rache abzweckend (uindictam spirantes) angesehen werden,

l. 2. §. 4. D. de collat.

kann unmöglich die Befugniß des Staats, eine öffentliche Strafe zu verhängen, aufheben.

Cf. Meu. Decis. P. VI. dec. 288.

Cocc. I. Controuers. tit. de iniur. quaest. 29.

---

*) Auch im alten Deutschland waren, nur die Capitalfälle ausgenommen, Busse und Wetten miteinander verbunden.

Menken Syst. iur. ciuil. (edit. Schön.) tit. eod. §. 29. n. 2.

Voet. Comm. ad Pand. tit. eod. §. ult.

Pufendorf. Obseruat. iur. uniu. T. IV. Obs. 49.

Westphals a. a. O. Anm. 22.

Quistorp a. a. O. §. 319. 20.

Meister. l. cit. §. 184.

Propter iniuriae delictum tum satisfactio priuata tum animaduersio publica, *et quidem coniunctim*, locum obtinent.

Tittmanns Grundlinien §. 246.

§. 9.

Wollte man iedoch als ungezweifelt annehmen, daß die obermelten Grundsätze des Röm. Rechts bei uns Anwendung finden, und daß folglich, wenn der Beschimpfte die ästimatorische Iniurienklage angestellt hat, eine öffentliche Strafe gegen den Iniurianten nicht erkannt werden möge; so würde gleichwol hieraus nicht sofort auf unsere deutschen Iniurienklagen ein sicherer Schluß zu ziehen seyn.

Die Rechtsgelehrten sind, wie bekannt, über die Natur dieser Klagen sehr uneinig. Einige sehen sie als blose Entschädigungsklagen an, wodurch die Ehre des Beschimpften wiederhergestellt wird.

Carpzou. Prax. iur. crim. P. II. qu. 44. n. 15. 62.

Müller ad Struu. Exercit. 48. th. 61. ac not. γ. et ε. VII.

Lauterbach. de act. iniur. recantat. th. 28. n. 5.

Kleinschrods Abhandl. a. d. Peinl. Recht Th. III. Abth. 2. §. 12. 15.

Andere halten Widerruff und Abbitte, für eine Privatstrafe.

Weber a. a. O. §. 14.

Noch Andern scheint sie eine öffentliche zu seyn.

Grolmans Grundsätz. d. Crim. Rechtswissenschaft §. 357.

Und der erste Criminalist unserer Zeit nennt dieselben relativ-öffentliche Strafen, weil sie nicht nur dem Beleidigten Genugthuung geben, sondern zugleich den Beleidiger demüthigen, und dadurch eine öffentliche Genugthuung enthalten.

Feuerbachs Peinl. R. §. 292.

Ohne hier diesen Streit schlichten zu wollen, scheint die Meinungsverschiedenheit der Rechtsgelehrten an sich hinreichend, um die Anwendung des Römischen Rechts in dieser Materie zu hindern. Denn, wie könnte man dieses auf ihm fremde Obiecte ziehen, so lange sehr richtige Zweifel dagegen obwalten, ob auch diese deutschen Iniurienklagen mit der Römischen Aestimatoria von völlig gleicher Natur sind? solange vielmehr ihre bedeutende Verschiedenheit am Tage liegt?

§. 10.

Erinnert man sich der Begriffe unserer alten Vorfahren, nach welchen die Ehre als etwas Körper-

liches betrachtet und unter die beweglichen Güter gerechnet wurde, welche angegriffen, geraubt, verpfändet, wieder zurückgegeben werden können,

(Heumanns) Geist der Gesetze der Deutschen Cap. XIV. §. 3—6.

bedenkt man, daß dieses alte Volksvorurtheil, als ob ein Privatmann dem Andern die Ehre rauben und wieder erstatten könne, noch heut zu Tage herrschet, und daß eben hierauf die ursprünglich-deutschen Injurienklagen beruhen; so dürfte die Meinung der ältern Rechtsgelehrten, wenigstens einer neuen Prüfung nicht unwürdig erscheinen.

Und sollte man ihnen auch nicht schlechthin beistimmen können, weil freilich Widerruff und Abbitte, obwol sie eigentlich zur Wiederherstellung der verletzten Ehre angeordnet sind, immer zugleich das Ehrgefühl dessen, welcher sie leisten muß, kränken; so unterscheiden sich doch unsere deutschen Injurienklagen gewiß dadurch wesentlich von der actio aestimatoria, daß bei ihnen das Pönalische nichts für sich Bestehendes, auch wohl überall nicht beabsichtigt, sondern eine blose unvermeidliche Folge dessen ist, was nach den einmal angenommenen gemeinen Begriffen, zur Wiederherstellung der verletzten Ehre, als nothwendig angesehen wird.

Vergl. Grolman a. a. O. §. 358.

Das Wesen dieser Rechtsmittel besteht darinn, daß sie völlige Wiederherstellung der verletzten Ehre und des guten Namens wirken.

§. 11.

Könnten indeß alle diese Zweifel gegen die Anwendung des Röm. Rechts gehoben werden; so mußte es gleichwol bei der gegen B. erkannten öffentlichen Strafe verbleiben, weil die von ihm begangene grobe Realiniurie in einer auf der öffentlichen Landstrasse verübten Gewaltthätigkeit bestand, welche schon nach der lege Iulia de ui, eine Art öffentlichen Verbrechens ausmacht, und weßhalb also, selbst nach der Meinung der sonst dissentirenden Rechtsgelehrten, eine öffentliche Strafe, auch von Amtswegen, verhängt und mit der Privatgenugthuung verknüpft werden kann,

Weber a. a. O. S. 90—92.
Grolman a. a. O. §. 354.

§. 12.

II) Die S.schen Erben fanden sich vornemlich dadurch beschwehrt, daß nun, nach Absterben ihres Erblassers, die in erster Instanz dem Beklagten auferlegte Abbitte wegfallen solle.

Nun ist zwar im Röm. Recht, in Ansehung der Iniurienklagen, ausdrücklich verordnet, daß dieselben, nach einmal geschehener Litiscontestation, auf die Erben der Beleidigten übergehen.

l. 13. pr. Dig. de iniur.
§. 1. Inst. de perpet. et tempor. act.
Quistorps Beitr. z. Erläut. versch. Rechtsmater. St. III. N. 6.

Und im vorliegenden Falle war sogar noch bei Lebzeiten des beschimpften S. auf die Abbitte erkannt.

Dagegen entstand aber der Zweifel, ob diese Grundsätze des Röm. Rechts auf die Injurienklagen deutschen Ursprungs angewendet werden können? da die Ehre zu den ganz persönlichen Eigenschaften und Rechten eines Menschen gehöre,

Cocc. I. Controuers. tit. de iniur. qu. 21.

die Verfolgung dergleichen blos persönlicher Rechte den Erben nicht zustehe,

l. 3. pr. et l. 16. pr. Cod. de usufr.

l. 3. §. fin. D. Quib. mod. ususfr.

Tittmanns Handb. der Strafrechtswissensch. Th. I. §. 174. und Not. n.

auch um so weniger zustehen könne, als sie ihren Erblasser nur in Hinsicht auf seinen Vermögensnachlaß repräsentiren,

Cocc. cit. l.

daher ihnen selbst die längst geschehene Einlassung nicht zu statten kommen möge, weil auch hiedurch die Natur eines solchen, lediglich der Person anhängigen Rechts nicht abgeändert werden könne.

Struu. Exercit. 46. th. 82. et not. d.

Cocc. l. cit.

§. 13.

Aber diese Zweifel sind unerheblich. Denn sind die Klagen auf Widerruff und Abbitte wahre Straf-

klagen; so stimmen sie eben hiedurch mit den Römischen Pönalklagen und namentlich mit der Schätzungsklage überein; sie fallen daher sowol unter die allgemeine Regel des Römischen Rechts:

> Omnes poenales actiones, post litem inchoatam, etiam ad heredes transeunt.
>
> l. 26. D. de obligat. et act.

als unter die bereits angeführten besondern Verordnungen wegen der Iniurienklagen.

Sind aber iene deutschen Klagen vermischter Natur oder wol gar den blosen Entschädigungsklagen beizuzählen; so ist dann der Uebergang derselben auf die Erben der Beschimpften um so weniger zu bezweifeln.

l. 49. D. de obligat. et act.

l. 157. D. de reg. iur.

l. 7. §. 2. et l. 9. D. de conuict. furt.

Lauterbach. de transit. action. th. 28. n. 5. et th. 36. n. 5. (in Dissert. acad. Vol. III. n. 136.)

Die Meinung des Cocceji ist eben daher, und weil selbst den Erben daran gelegen, daß die gekränkte Ehre ihres Erblassers wieder hergestellt werde, unhaltbar. Und sie beweiset zu viel, weil nach seiner Hypothese, auch die Schätzungsklage niemals auf die Erben übergehen könnte.

Vergl. Weber a. a. O. §. 17. S. 104. 5.

§. 14.

Dem ferneren Zweifel: daß die Erben ihrem Erblasser nur in Hinsicht auf den Vermögensnachlaß succediren; steht einestheils entgegen, daß der Erbe in das ganze Rechtsverhältniß des Erblassers eintritt.

l. 24. D. de uerbor. signif.

l. 62. D. de reg. iur.

l. 3. D. de bonor. possess.

bona s. in corporibus sunt, s. in *actionibus*, in hoc loco proprie *bona* appellabuntur.

Anderntheils hebt sich derselbe dadurch, daß, selbst nach dem Röm. Rechte, die Injurienklage, nach der Einlassung, zum Vermögen gerechnet wird,

l. 28. D. de iniur.

Schneidewin ad §. 1. Inst. de perpet. et tempor. act.

Müller ad Struu. Exercit. 46. th. 81. not. *β*.

Sicuti ante lit. contest. eiusmodi actiones non sunt in bonis l. 2. §. 4. D. de collat. ita lite contestata *in bonis esse* incipiunt.

Fromman. de act. quae in bonis comput. §. 27.

Lauterbach. Colleg. theor. pract. tit. de iniur. §. 28. et 50.

daß, wie vorhin (§. 10.) angeführt worden, im alten Deutschland, die Ehre unter die beweglichen Güter gezählt, auch, daß sie geraubt und durch Wiederruff und Abbitte, wiederhergestellt werden könne, angenommen worden ist; und daß diese Grundsätze, obwol sie

in gewisser Hinsicht auf einem Vorurtheil beruhen, bis ietzt noch immer in den Gerichten herrschen, da diese Klagen zur Wiederherstellung der verletzten Ehre keineswegs abgeschaft, vielmehr allerdings zuläßig und in täglichem Gebrauch sind *).

§. 15.

Im gegenwärtigen Falle, wo die Verurtheilung des Beklagten noch beim Leben des Beleidigten erfolgt und die wirkliche Leistung der Abbitte an Letztern, nur durch die Appellation des Beleidigers, verhindert worden war, mußte der Uebergang der Klage und somit des Rechts, die erkannte Abbitte zu fodern, um so ungezweifelter angenommen werden.

Müller ad Struu. l. c.

Unde u. g. in caussa iniuriarum, sententia ita concipitur, quod reus heredi deprecari debeat iniurias defuncto illatas.

Weber a. a. O.

§. 16.

*) Vergl. Kleinschrod a. a. O. §. 12. S. 421. Der Iniuriant macht durch seine unerlaubte Handlung den Andern verdächtig und hindert ihn an der ungestörten Fortführung seines Amts oder Gewerbes. Die Besorgniß künftigen Schadens, welche daraus entsteht, ist kein leerer Wahn, sondern in der Natur der Sache und der Erfahrung gegründet. Und dafür Ersatz zu leisten, kann man den Iniurianten mit allem Rechte anhalten.

§. 16.

Diesem allen nach wurde es, wegen der öffentlichen Strafe bei den beiden vorigen Erkenntnissen belassen, hingegen in Ansehung der gerichtlichen Abbitte, das Urtheil erster Instanz unter der Modification, wieder hergestellt, daß der Beklagte die ihm auferlegte gerichtliche Abbitte, nachdem inzwischen der Kaufmann S. verstorben, desselben Erben zu leisten, schuldig seye.

XII.

I) Wie kann es dem Käufer verpachteter Güter zur Pflicht gemacht werden, die Pachtiahre auszuhalten?

II) Vertrags-Rechte und Verbindlichkeiten erstrecken sich ordentlicher Weise nicht auf Dritte.

---

§. 1.

Der Landdrost v. A. hatte im Jahr 1790. seine Güter R. und B. mit dem Kl. Kruge an Georg E. auf zehn Jahre lang, für ein iährliches Pachtgeld von 1425. Rsthl. Alt Gold rc. verpachtet.

In dem hierüber errichteten Pachtcontract wurde unter andern im §. 15. bedungen:

Sollte Herr Verpächter sich entschließen, die Güter zu verkaufen oder abzutreten; so will Herr Pächter, falls er die Pachtung alsdann nicht behalten könnte, sich über ein billiges Abstandsgeld vereinbaren.

§. 2.

Schon im Jahre 1797. verkaufte der Landdrost v. A. diese Güter an den Kammerherrn v. d. L.

Da nun die Pachtiahre des E. noch bei weitem nicht abgelaufen waren; so trafen Käufer und Verkäufer, bei Abschluß des Kaufsgeschäfts, folgende Uebereinkunft, welche aber nicht in die Hauptcontractsurkunde, sondern in einen Nebenvertrag gebracht wurde:

Da gedachte Güter zur Zeit verpachtet sind und der Pachtcontract annoch bis 1805. bestehet; so ist bei dem Kauf- und Verkauf-Handel bedungen worden, daß der Kammerherr v. d. L. als Käufer, falls er den gegenwärtigen Pachter, Herrn E. die noch habenden Pachtiahre nicht auswohnen lassen könnte, sich mit demselben, wegen des etwanigen Abstandsgelds, ohne alle Theilnahme des Herrn Verkäufers, — — abfinden und den Letztern dieserhalben ausser aller Verbindung setzen wolle. —

Welchem gemäß der Kammerherr v. d. L. sich ferner dahin äußerte:

so habe ich diese Vereinbarung hiemit nochmal ausdrücklich wiederholen und erklären wollen, daß ich, unter Verpfändung meines Vermögens, den Herrn Landdrost v. A. wegen aller solcher Ansprüche des Pächters E. entfreien, dieselben völlig übernehmen und mit allen deßhalb etwa verursachten Kosten bezahlen wolle. — — Wie übrigens der Herr Käufer die

obige völlige Abfindung des Pächters übernimmt und den Herrn Verkäufer, ganz auf seine Kosten, mit demselben ausser Verbindung setzt; so ꝛc.

§. 3.

Dieser Nebenvertrag wurde dem Pachter E. nicht bekannt gemacht. Doch suchte v. d. L. sich mit demselben, über ein Abstandsgeld zu vergleichen. Als indeß E. auf einer dem neuen Gutsherrn zu hoch scheinenden Foderung bestand; so unternahm es dieser, den Pachter eigenmächtig aus den Gütern zu vertreiben.

Aber diese Unternehmung verfehlte ihres Zwecks. Der exmittirte E. mußte, nach Richterlicher Verfügung, in die Pachtung wieder eingesetzt werden.

§. 4.

Nachdem diese Restitution des Pachters in die Pachtgüter geschehen war; so ergriff der Kammerherr L. den Rechtsweg, und erhielt, auf die Behauptung, daß er beim Güterkauf nicht die mindeste Verbindlichkeit gegen den Pachter E. übernommen habe; einen Räumungsbefehl gegen denselben.

Der Pachter schützte aber hiegegen verschiedene Einreden, vorzüglich diese vor: es seye, wegen Fortdauer seiner Pachtung, zwischen Käufer und Verkäufer ein besonderer Vertrag geschlossen worden.

Hierauf ergieng das folgendergestalt bedingte Mandat:

Befehlen wir Dir nochmal, auch bei Strafe der gestrackteſten Herauswerfung, ernſtlich, die Güter N. B. und K. — — binnen drei Wochen, falls Du nicht in gleicher Friſt, dein Vorgeben: daß zwiſchen Kläger und deſſen Verkäufer ein Vertrag darüber geſchloſſen worden iſt, daß dein Pachtcontract fortdauern ſolle; rechtlich zu erweiſen vermagſt, als welches Dir annoch freigelaſſen ſeyn ſoll, zu räumen.

§. 5.

Der Pachter E. trat dieſen ihm nachgelaſſenen Beweis an, und ſuchte denſelben Anfangs durch Zeugen und die eigenen Briefe des Kammerherrn v. d. L. zu führen.

Nachdem aber Letzterer, einige Zeit hernach, bei Gelegenheit des Streits, welchen Pachter E. mit dem Verkäufer v. A. wegen des Abſtandsgelds, vor andern Gerichten führte, das Geſtändniß abgelegt hatte: daß er dem v. A. ex pacto, wegen des Abſtandsgelds zur Eviction gehalten ſeye, und alle Folgen des Proceſſes wegen des Abſtandsgelds ihn, v. d. L., allein träfen; überdies dem Pachter E. zuverläßigere Kenntniß vom geſchloſſenen Nebenvertrag (§. 2.) inzwiſchen zugekommen war; ſo drang derſelbe auf Edition dieſer Urkunde, und glaubte, nach deren wirklicher Vorlegung, des Zeugenbeweiſes gar nicht mehr zu bedürfen, ſondern ſeinen Beweis durch die recognoſcirten L. Briefe und den edirten Nebenvertrag, ja durch dieſen allein, vollführt zu haben.

§. 6.

Der Gutskäufer v. d. L. war freilich ganz entgegengesetzter Meinung. Es erfolgte aber (17. Sept. 1803.) ein auswärtiges Fakultätsurtheil dahin:

daß die Formalien des geführten Beweises, des Producten Einwendens ungeachtet, richtig und nothdürftig gewahret, auch, die Materialien desselben anlangend, Beklagter und Producent, was ihm zu erweisen vorbehalten war und er sich angemaßt hat, zur Nothdurft erwiesen; daher des Klägers und Producten angebrachtes Räumungsgesuch für statthaft zur Zeit nicht zu achten und die wider den Beklagten und Producenten — — erlassene Befehle: die von ihm erpachteten Güter, R. B. und K. zu räumen; wieder als nicht erlassen einzuziehen. Es ist auch Kläger und Product sämmtliche durch diese seine Räumungsklage verursachten Kosten — — dem Beklagten und Producenten zu ersetzen schuldig.

§. 7.

Gegen dieses Erkenntniß bediente sich v. d. L. der Appellation, und suchte vornemlich auszuführen, daß der Pachter E. den ihm nachgelassenen Beweis nicht vollführet habe, mithin des Appellanten Räumungsgesuch, als zur Zeit unstatthaft nicht betrachtet und überall nicht so, wie geschehen, hätte erkannt werden sollen.

§. 8.

1) Der Producent habe, was ihm zu erweisen, vorbehalten worden, nicht erwiesen.

Denn nach dem Mandat (§. 4.) war der Beweissatz dahin bestimmt:

es seye zwischen dem Kläger und dessen Verkäufer ein Vertrag darüber geschlossen worden, daß sein (des beklagten E.) Pachtcontract fortdauern solle.

Nun habe dieser, bei seiner Beweisführung, sich lediglich auf die edirte Urkunde (§. 2.) eingeschränkt; in welcher

1) das vorgeschriebene Beweisthema gar nicht enthalten seye; und aus welcher

2) als aus einem von Dritten geschlossenen Vertrag, der Pachter E., nach bekannten rechtlichen Grundsätzen, ein Recht nicht habe erlangen mögen.

§. 9.

1) Dieser Nebenvertrag enthalte nicht, daß v. d. L. den Pachter müsse wohnen (d. i. die Pachtung fortsetzen) lassen, sondern nur, daß er ihn wegen des Abstandsgelds abfinden müsse, daferne er (v. d. L.) demselben die noch übrigen Pachtiahre nicht auswohnen lassen könnte. Das im letztern Falle zu leistende billige Abstandsgeld setze natürlich die Verbindlichkeit des Pachters: die Güter zu räumen; voraus. Diese Vertragsbestimmung könne unmöglich so verstanden werden, daß der Pachter, so lange man über seine Abfindung, in Güte, nicht einig geworden, die Pachtung fortsetzen dürfe, weil es sonst in desselben Hände

gelegt wäre, durch unbillige Foderungen den Zweck des Contracts zu vereiteln und durch processualische Weitläufigkeiten, sich bis zum Ende der Pachtiahre, in den Pachtgütern zu behaupten.

§. 10.

Sogar bei der Voraussetzung, daß v. d. L. in den Pachtcontract des Landdrosten v. A. ganz eingetreten seye, würde er nicht schuldig seyn, den Pachter wohnen zu lassen. Denn selbst der ursprüngliche Verpachter sey in Nothfällen hiezu nicht, sondern blos zur billigen Abfindung, verpflichtet gewesen.

Ein solcher Nothfall habe aber nun obgewaltet, da ihm (v. d. L.) die Güter so ausserordentlich theuer geworden waren, daß das Pachtgeld nicht mehr im Verhältniß zum Kaufspreiße stand, und er, um seiner Selbsterhaltung willen, die Pachtung nicht fortdauern lassen konnte.

Dazu komme noch, daß die Räumungs-Schuldigkeit immer liquid, hingegen des Pachters Foderung eines Abstandsgelds (wenigstens in Hinsicht auf dessen Größe) illiquid seye, mithin die Räumung der Pachtgüter ohne Aufenthalt erfolgen mußte und vom Pachter, ohne die replicam doli gegen sich zu begründen, nicht verweigert werden konnte.

§. 11.

Der Pachter E. könne iedoch den ihm obliegenden Beweis um so weniger mittelst dieses Nebenver-

trags führen, weil v. d. L. in der That in die Stelle des Landdrosten v. A. nicht getreten seye.

Der einzige Zweck des Nebenvertrags sey gewesen, den **Verkäufer** gegen alle Schäden zu sichern, welche ihm aus den Rechten des neuen Gutskäufers gegen den Pachter, entstehen konnten. Deßhalb habe v. d. L. die Abfindung des Pachters, anstatt des Erstern, übernommen.

Auf den Pachter war hiebei keine Rücksicht genommen, eben daher der Vertrag ihm nicht einmal bekannt gemacht, und vielmehr dem Käufer sein Recht, den Pachter auszutreiben, durch die Worte des Nebenvertrags:

> Sollte Kammerherr v. d. L. den Pachter nicht können wohnen lassen ꝛc.

ausdrücklich vorbehalten worden.

Beim Gutspreiße von beinahe 60,000. Thlr. habe er gewiß nicht daran denken können, den Pachter wohnen zu lassen; geschweige daß er sich hiezu, nachdem ihm die Güter schon pure verkauft waren, sollte verpflichtet haben.

Der Pachter E. habe dieses alles und daß v. d. L. nicht an seines Verkäufers Stelle getreten seye, wohl eingesehen, auch daher den Landdrosten v. A. directe belangt. Andre hiemit unvereinbare Behauptungen habe E. zu Zeiten nur um deßwillen aufgestellt, um ein Retentionsrecht zu begründen, oder eigentlich —

da ein Pachter keinen Besitz erlange — um sein Spolium zu beschönigen. Der Pachter E. sey also derienige, welchem nach der

leg. 2. §. 5. l. 12. D. dolo malo et met. exc.

dolus zur Last falle.

§. 12.

2) Es sey eine rechtliche Unmöglichkeit, daß Appellant durch ienen blos mit dem Landdrosten v. A. geschlossenen Nebenvertrag, sich gegen den Pachter E. sollte verbindlich gemacht haben.

Was er (v. d. L.) seinem Verkäufer versprochen, gehe den Appellaten E. nichts an, und könne diesem weder ein Retentions- noch ein Klag-Recht gewähren.

Nur könne derselbe gegen v. A. aus dem Pachtcontracte klagen.

Die oftangeführte

lex 9. Cod. loc. cond.

Emtorem fundi necesse non est, stare colono, cui prior dominus locauit: nisi ea lege emit.

enthalte keineswegs, daß ein zwischen dem Verkäufer und Käufer geschlossener Vertrag, dem Letztern eine Verbindlichkeit gegen den Gutspachter auflege oder diesem ein directes Recht gegen den Käufer ertheile. Dies würde auch gegen den bekannten Grundsatz des Römischen Rechts anstoßen:

Quod inter alios contractum est, tertio non prodest.

l. 27. §. 4. in fin. Dig. de pact.

l. 74. D. de reg. iur.

l. 25. Cod. de pactis.

tit. Cod. Inter alios acta aliis non nocere.

Ayrer de genere actionis aduersus conductorem emtori cedere nolentem instituendae. (in Opusc. Tom. I. pag. 230. sqq.)

Strubens Rechtl. Bed. B. III. Bed. 57.

Malblanc. Princ. iur. Rom. §. 251.

§. 13.

Die Gesetzesworte:

nisi ea lege emit;

ändern hierin nichts. Sie beziehen sich nur auf den Verkäufer und wirken nur so viel, daß der Käufer die aus Nichterfüllung des Pachtcontracts entstehenden Schäden, (die ihn sonst nicht angiengen) dem Verkäufer — nicht dem Pachter — vergüten muß. Dieser erlange aus einem solchen pacto adiecto kein Recht; ihm bleibe nur seine Entschädigungsklage gegen den Verkäufer,

l. 25. §. 1. D. loc. cond.

Höpfners Comment. üb. d. Heinecc. Institutt. §. 890. N. a.

Solchemnach sey der Beweis, daß ein Contract zwischen ihm (v. d. L.) und seinem Verkäufer existire,

vermög dessen Ersterer dem Pachter directe verbunden wäre, ein unmöglicher Beweis. Und eben daher könne ihm, wegen des geschlossenen Nebenvertrags, die exceptio doli nicht entgegenstehen; denn er habe keineswegs wider besseres Wissen, oder ohne Recht die Gutsräumung gefodert. Im Gegentheil seye des Pachters Schuldigkeit, die Güter zu räumen, immer ausser Zweifel gewesen.

§. 14.

II) Es habe daher nicht erkannt werden sollen,

daß Appellantens Räumungsgesuch für statthaft zur Zeit nicht zu achten seye.

Der Pachter müsse, nach bekannten Rechten, dem Gutskäufer, als einem successori *singulari* weichen, und iede Zögerung des Erstern mache ihn zum Spolianten. Ein unbedingter Räumungsbefehl sey um so mehr begründet, da dem Pachter am gepachteten Gute weder Besitzrecht,

l. 34. Cod. loc. cond.

l. 10. Cod. unde ui.

cap. 6. §. per instrum. uero X. de fide instrum.

Boehmer. de action. S. II. c. 4. §. 38.

Cocc. I. Controuers. tit. loc. cond. qu. 40.

noch Innebehaltungsrecht zustehe. Am wenigsten könne der Pachter E. auf Letzteres Anspruch machen, nachdem der Käufer, — selbst im Vertrag mit seinem

Verkäufer — nichts mehreres, als die billige Abfindung des Pachters übernommen habe.

arg. leg. 4. Cod. de commod.

Cocc. l. cit.

Ayrer cit. l. pag. 239. sqq.

Wenn also nicht das Recht des Käufers vereitelt und ihm dasselbe auf indirecte Weise entzogen werden solle; so müsse der Pachter ohne weiters zur Gutsräumung unbedingt angehalten und demselben lediglich die besondere Ausführung seiner Ansprüche nachgelassen werden.

§. 15.

Wollte man sogar annehmen, daß der Appellant, in Ansehung des Pachtverhältnisses, ganz in die Stelle des Landdrosten v. A. eingetreten wäre; so seye der Pachter dennoch verpflichtet, ihm zu weichen, weil er diesen nicht wohnen lassen könnte, ohne in Concurs zu gerathen, mithin der schon im Pachtcontract bestimmte Fall der Pachträumung und billigen Abfindung eingetreten, folglich die conductio hiedurch eben so wol, als durch den Abfluß der Pachtzeit, geendigt worden seye. Unter diesen Verhältnissen würde der Pachter E., selbst gegen seinen ursprünglichen Verpachter v. A., ein Innebehaltungsrecht nicht üben können,

Menken. de iure expellendi colon. ob superuenient. necessitat (in Opusc. n. XV.)

Höpfner a. a. O. —

zumal derselbe weder dieses noch irgend ein dingliches Recht am Pachtstück sich bedungen hatte. Sobald demnach eine billige Vereinbarung über das Abstandsgeld nicht zu stande kam; so durfte der über Letzteres entstehende — vielleicht mehriährige — Zwist die Räumung der Pachtgüter nicht aufhalten. —

§. 16.

Es konnte iedoch der Appellant durch alles dieses eine Abänderung des vorigen Erkenntnisses (§. 6.) nicht bewirken.

Ad I. 1) hatte zwar derselbe den **Buchstaben** des Nebenvertrags insoferne für sich, als darin nicht mit ausdrücklichen Worten bestimmt ist, daß der Kammerherr v. d. L. den Pachtcontract bis zum J. 1805. fortsetzen solle.

Da indeß bei dem Kauf- und Verkauf-Handel der Güter R. B. und K. (§. 2.) mit klaren Worten bedungen und versprochen worden ist,

> daß v. d. L. als Käufer, falls er den gegenwärtigen Pachter E., die noch habenden Pachtiahre nicht auswohnen lassen könnte, sich mit demselben, wegen des Abstandsgelds, **ohne alle Theilnahme des Herrn Verkäufers**, — — abfinden und **den Letztern dieserhalben ausser aller Verbindung setzen**; — — ihn wegen aller solcher Ansprüche des Pachters E. **entfreien**, **dieselben völlig übernehmen** und, mit allen deßhalb etwa verursachten Kosten, bezahlen wolle;

so läßt sich nicht mißkennen, daß der Appellant hiedurch ganz in die Stelle des Verpachters eingetreten seye, somit desselben Pachtcontractliche Rechte und Pflichten, namentlich die Verbindlichkeit übernommen habe, entweder dem Pachter E. die noch übrigen Pachtiahre auswohnen zu lassen, oder mit demselben wegen des Abstandsgelds, ohne alle Theilnahme des Landdrosten v. A., sich abzufinden.

§. 17.

Indem v. d. L. die Verbindlichkeit zur Abfindung des Pachters nur für den Fall übernahm, da Er diesem die noch habenden Pachtiahre nicht auswohnen lassen könnte, hat Ebenderselbe zugleich implicite, und zwar als hauptsächliche Verbindlichkeit, übernommen, dem Pachter seine noch übrigen Pachtiahre, wo irgend möglich, auswohnen zu lassen.

Nach dem Inhalt dieses Nebenvertrags, konnte sogar erst die Frage entstehen: ob auch der Nothfall eingetreten seye, in welchem blos die Subsidialverbindlichkeit des zu leistenden Abstandsgelds statt finden sollte?

Allein sie blieb unbeachtet, weil E. die Räumung der Pachtgüter nicht schlechthin, sondern nur insolange, als ihm das gebührende Abstandsgeld nicht entrichtet seyn würde, verweigert hatte.

Immer war iedoch gewiß, daß, so lange der Appellant seine subsidiarische Verbindlichkeit nicht

erfüllte, desselben Principalobliegenheit fortdauerte. Das Abstandsgeld ist das unstreitige Surrogat der noch auszuwohnenden Pachtiahre. Es konnte folglich der Pachter E. solange weder seine Pachtzeit abgelaufen noch die vertragsmäßige eventuelle Abfindung ihm geleistet oder auch nur bewilligt war, zur Räumung der Pachtgüter rechtlich nicht angehalten werden.

§. 18.

Die hiegegen vorgebrachten Zweifelsgründe des Appellanten (§. 9–11.) sind unerheblich.

Der Pachter konnte doch nicht, ohne vorgängige Erörterung seiner Einreden, aus den Pachtgütern geworfen werden.

Und auf längere Zeit konnte derselbe sich nicht in der Pachtung erhalten, wenn nur, bei fehlgeschlagener gütlicher Uebereinkunft wegen des Abstandsgelds, v. d. L. nicht blos als Käufer, welchen das ganze Pachtverhältniß nicht angehe, die Güterräumung gefodert, sondern vielmehr über die Festsetzung eines billigen Abstandsgelds die Richterliche Hülfe gesucht hätte. Bei dem vom Appellanten eingeschlagenen erstern Wege, muß Er die hieraus entstandene größere Proceß-Weitläufigkeit sich selbst zuschreiben. Dahingegen derselbe, wenn Er den zweiten wählte und der Pachter E., nach erfolgter Gerichtlichen Bestimmung des Abstandsgelds, sich daran nicht genügen lassen wollte; durch Gerichtliche Hinterlegung der erkannten Abfindungssumme und allenfalsige Cautions-

leistung wegen der weitern Ansprüche des E. in kurzer Zeit die Räumung der Pachtgüter bewirken konnte.

§. 19.

Nachdem es keinen Zweifel leidet, daß v. d. L. sogleich beim Kaufsabschlusse, in die Stelle des ursprünglichen Verpachters eingetreten war; so ist auch die von Liquidität der Räumungsschuldigkeit und Illiquidität der Abstandsgelds-Foderung hergenommene Beschwehrde unstatthaft.

Laut des Nebenvertrags, war diese Verbindlichkeit des Pachters nur als eine bedingte, liquid; nur gegen das Abstandsgeld war derselbe die Güter zu räumen, schuldig. Und die Anfangs aus dem Verhältniße eines blosen successoris singularis so klar dargestellte unbedingte Befugniß des Appellanten, die Abtretung der Pachtgüter zu fodern, hatte, durch den nachher von ihm edirten Nebenvertrag, wenigstens ihre Liquidität verlohren.

§. 20.

Vergeblich wird behauptet: die Absicht der Contrahenten seye, bei diesem Vertrag, lediglich auf Sicherstellung des Verkäufers gegangen; auf den Pachter sey keine Rücksicht genommen und vielmehr dem Käufer sein Recht, den Pachter auszutreiben, im Vertrag selbst vorbehalten worden.

Denn das Interesse des Verkäufers stand mit dem des Pachters in sogenauer Verbindung, daß unmöglich

möglich das eine ohne das andere gesichert werden konnte.

Der Landdrost v. A. hatte überdies keineswegs den blosen Regreß gegen v. d. L. und die nachherige Entschädigung, sondern die gänzliche Entledigung von allen Ansprüchen des Pachters und, ausser alle Verbindung mit ihm gesetzt zu werden, sich bedungen. Ganz nach Vorschrift der

leg. 25. §. 1. Dig. loc. cond.

Qui fundum fruendum u. habitationem alicui locauit, ſi aliqua ex cauſſa fundum u. aedes uendat, curare debet, ut apud emtorem quoque *eadem pactione* et colono frui et inquilino habitare liceat; *alioquin* prohibitus aget cum eo ex conducto.

Und statt des gerühmten Vorbehalts findet sich vielmehr im Vertrag die schon angeführte Bestimmung:

Falls Käufer den gegenwärtigen Pachter die noch habenden Pachtiahre nicht auswohnen lassen könnte; er sich mit demselben ꝛc.

wodurch als Regel: daß der Käufer den Pachter auswohnen lassen müsse; und nur für den Ausnahmsfall, die Leistung des Abstandsgelds festgesetzt worden ist. Hier fehlte es also nicht an einem solchen Vertrag, welchen die

lex. 9. Cod. de loc. conducto.

erfodert:

Emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit; *nisi ea lege emit.* Verum si probetur, *aliquo* pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat (colonus) — — *ei quod placuit parere cogetur.*

§. 21.

Uebrigens konnte der hohe oder niedrige Kaufspreiß — wäre auch hierüber, wie doch nicht, aus den Acten etwas Zuverläßiges ersichtlich gewesen — auf die Beurtheilung der Sache keinen Einfluß haben. Die fernere Angabe, als ob v. d. L. die Güter R. B. und K. schon pure erkauft gehabt und dann erst den Nebenvertrag mit v. A. geschlossen hätte, ist unrichtig, vielmehr die Gleichzeitigkeit des Haupt- und Neben-Vertrags, sogar aus dem Inhalt des Letztern, zu ersehen. Gleich Anfangs heist es nemlich in demselben:

> Demnach in der zwischen Endesunterschriebenen getroffenen Punctation über Kauf- und Verkauf-Handel der Güter R. B. und K. bedungen worden, daß rc.
>
> so habe ich (v. d. L.) da diese Vereinbarung in dem zwischen uns errichteten Kaufcontract nicht erwähnt worden; selbige hiemit nochmal ausdrücklich wiederholen rc.

Eben so wenig konnte der Umstand, daß Pachter E. gegen Herrn Landdrosten v. A. geklagt hatte,

zum Nachtheil desselben angeführt werden, geschweige die Anschuldigung der Arglist begründen; weil E. diese Klage zu der Zeit erhoben, da ihm der Nebenvertrag noch verheimlicht und Er vom Appellanten selbst, welcher damals, freilich geradezu gegen den Inhalt dieser Convention, als reiner successor singularis sich darstellte, an v. A. als Verpachter, verwiesen worden war.

§. 22.

Ad 2) Gleich vergeblich berufte sich der Appellant auf den zwar richtigen Grundsatz des Römischen Rechts: daß Verträge, nur zwischen den Vertragschließenden, Rechte und Verbindlichkeiten wirken, hingegen einem Dritten *) weder Rechte gewähren noch Verbindlichkeiten auflegen können.

l. 11. Dig. de obligat. et action.

l. 38. §. 17. l. 126. §. 2. D. de uerbor. obligat.

l. 17. §. 4. D. de pactis.

§. 4. Inst. de inutil. stipulat.

§. 5. Inst. Per quas person. cuique acquir.

l. 1. Cod. Per quas person. nobis acquir.

---

*) welcher nemlich durch keinen der Paciscenten rechtlich vorgestellt wird. Der Gewaltgeber, der Pupill sind in Hinsicht auf die vom Bevollmächtigten, vom Vormund für sie geschlossenen Verträge nicht als wahre Dritte zu betrachten. Eben so wenig die Erben in Beziehung auf die von ihrem Erblasser eingegangenen Verträge.

Dieser Grundsatz konnte dem Kammerherrn v. d. L.

A) schon um deßwillen nicht zu statten kommen, weil iener dem Appellaten nachgelassene Beweis (§. 4.) keineswegs auf einen Vertrag zwischen ihm und dem Appellanten, sondern ausdrücklich auf einen zwischen **Verkäufer** und **Käufer** zu stande gekommenen Vertrag gerichtet, sonach einzig von diesem Beweise, die Entscheidung des über des Pachters Verbindlichkeit zur Güterräumung geführten Streits abhängig gemacht war. Daher kam es, bei Fällung des vorigen Erkenntnisses, nur auf die Untersuchung an: ob die Existenz eines zwischen dem Kläger (v. d. L.) und seinem Verkäufer geschlossenen Vertrags, wornach des Beklagten Pachtcontract fortdauern solle; gehörig erwiesen seye? Die Vorfrage: ob ein solcher Vertrag dem Pachter ein Recht gewähren könne? war schon durch den Beweisesvorbehalt deutlich genug entschieden, und vom Kammerherrn v. d. L. selbst, weil er sich hiegegen keines Rechtsmittels bedient hatte, ausser Zweifel anerkannt.

§. 23.

B) Selbst abgesehen von diesem rechtskräftigen Beweiserkenntnisse, konnte der angeführte Grundsatz dem Appellanten keinen Vortheil gewähren.

Nicht zwar, als ob die heutige Anwendbarkeit desselben, als einer blos römischen Subtilität, mit Recht bezweifelt oder geleugnet wäre; wie freilich von

angesehenen Rechtsgelehrten geschehen, und diesemnach, sogar unter Beziehung auf das Naturrecht, behauptet worden ist, daß in Deutschland ein Dritter aus dem von Andern zu seinem Vortheil geschlossenen Vertrag wohl klagen könne, auch die Praxis dieses bestätige.

Ferber. de stipulat. tertio facta (Lips. 1688.) §. 40. 52.

J. H. Boehmer. de iure ex pacto tertii quaesito (in Exercitat. ad Pand. Tom. II. n. 28.) cap. 2.

Voet. Commentar. ad Pand. Lib. II. tit. 14. §. 12. in fin.

Berger. Oeconom. iur. Lib. III. tit. 3. th. 3.

Strubens Rechtl. Bedenk. Th. III. Bed. 11.

(Hymmens) Beiträge z. iurist. Litter. in d. Preuß. Staaten. III. Samml. N. 5.

Höpfners theor. pract. Comment. üb. d. Heinecc. Institut. §. 738.

Webers Entwickel. d. Lehre v. d. natürl. Verbindl. §. 89. a. und Zusätze zur 4. Ausg. dies. Werks S. 28.

§. 24.

Denn, insoferne iener Grundsatz, in Gemäßheit des Prätorischen und neuern Römischen Rechts, auf wahre Dritte beschränkt wird,

I. H. Boehmer. cit. l. cap. I.

kann derselbe nicht als ein der Römischen Verfassung und Form der Verträge eigenes Princip betrachtet

werden, sondern er beruhet auf dem Rechtsgesetz der Vernunft selbst und schon auf dem Begriff eines Vertrags, als welcher nicht ohne Willenseinstimmung derer, welche dadurch Rechte erlangen oder Verbindlichkeiten übernehmen sollen, zu Stande kommen kann.

Offenbar können dem Dritten, nicht ohne seine Einwilligung, Verbindlichkeiten auferlegt werden.

Nun erfodert aber die Gleichheit und Gegenseitigkeit des Rechts, daß, wie der Dritte, durch das Versprechen eines Andern, nicht verpflichtet wird; so Ebenderselbe, durch die Stipulation eines Andern, kein Recht erwerben möge, sondern in diesem Falle, wie in jenem, alles von der Genehmigung des Dritten abhänge, folglich aber auch der Promittent, bis zum Erfolg dieser, in Hinsicht auf den Dritten, noch nicht gebunden seyn, vielmehr, während dieser Zwischenzeit, seine Erklärung zurücknehmen könne.

Vergl. H. Grot. de iure bell. ac. pac. Lib. II. cap. II. §. 18.

Barbeyrac ad h. l. not. 5.

Sam. Pufendorf. de iure nat. ac gent. Lib. III. cap. 9. §. 5.

Thomas. Iurispr. diu. Lib. II. cap. 7. §. 119.

Kleins Natürl. Rechtswissensch. §. 183. 193.

Hufelands Lehrsätze d. Nat. R. §. 299. 316.

H. de Coccei de iure tertii. Heidelb. 1685.

Fr. E. Pufendorf. Obseruat. iur. uniu. Tom. II. Obs. 38. §. 12. 13. 20.

Thibauts Syst. d. Pand. Rechtr. (II. Aufl.) §. 160. *).

---

*) Während des Abdrucks dieser Rechtsfälle, fand ihr Verfasser im Juridischen Archiv VI. B. 1. Heft S. 45. fgg. einen seine Meinung so sehr bestårkenden Aufsatz, daß er nicht umhin kann, seinen Lesern ein paar Stellen daraus wörtlich vorzulegen:

Rec. kann es überhaupt nicht begreifen, wie ein Dritter ohne all sein Zuthun unmittelbar aus einem von einem Andern, durch den er rechtlich nicht repråsentirt wird, geschlossenen Vertrag Rechte erwerben könne.

Denn, worin sollte die Causalität in der Zeit bestehen, wodurch ich aus den Handlungen eines Dritten, welcher mich nicht repräsentirt und welcher mich durch seine Handlung nicht bindet, unmittelbar zu einer Zeit, wo ich solche vielleicht noch nicht kenne, ein Recht erlangte? Eine solche Erwerbung würde wahrhaft eine ideale seyn, und ideale Erwerbungen darf wenigstens der Rechtsgelehrte nicht schaffen. Wenn es wahr ist, daß Verträge und einseitige Erklärungen unterschieden werden müssen, so kann A auch durch eine vom B. gegen den C. geschehene Erklärung unmöglich die Causalität des Promittenten B. in Ansehung der versprochenen Sache erwerben. Aber eben so wenig läßt es sich denken, daß A. dadurch die Causalität des Promissars, daß er ein Zwangsrecht gegen diesen erworben habe, das durch den Vertrag mit dem Promittenten erlangte Recht nicht

§. 25.

So richtig nun aber dieses Princip des Römischen Rechts im Allgemeinen ist; so konnte sich den-

mehr aufzugeben, so lange dieses letztere Recht nicht auf den A. übertragen worden ist. — —

Will man nicht alle Rechtsbegriffe aufheben; so kann man unmöglich behaupten, daß ein zu Gunsten eines Dritten erworbenes Recht in dem Augenblick, in welchem der Promissar es erlangt hat, unmittelbar auf ienen übergehe. Wollte man ihm, ohne eine Erklärung, daß er dem zwischen den Contrahenten abgeschlossenen Vertrag beitrete, ein ipso iure auf ihn übertragenes Recht einräumen; so hieße dieß nichts anders, als behaupten, daß ein Dritter durch Verträge, welche weder von ihm noch von seinem Repräsentanten abgeschlossen würden, nicht blos ohne sein Zuthun, sondern auch gegen seinen Willen Rechte erwerben könne, — daß Wohlthaten aufgedrungen werden sollen. Wohin sollte es aber führen, wenn man den einfachen Grundsatz, daß ein Vertrag nur dieienigen, welche ihn abgeschlossen haben, berechtige und verpflichte; verlassen wollte? Bezweckt solcher die Vortheile eines Dritten; so geschieht dies doch gewiß nur unter der Voraussetzung, daß der Dritte diese Vortheile aufnehmen, daß er Rechte erwerben, daß er also dem Vertrag beitreten wolle. So lange derselbe sich hierüber nicht erklärt hat; solange ist ein bindendes Verhältniß zwischen ihm und den Contrahenten gar nicht denkbar, und solange müssen diese es auch in ihrer Gewalt haben, den geschlossenen Vertrag aufzuheben. Einem bereits aufgehobenen Vertrag kann man aber unmöglich mehr beitreten ꝛc.

noch der Kammerherr v. d. L. mit Erfolg darauf nicht beziehen, weil von demselben mehrere Ausnahmen gemacht sind,

Fachin. Controuers. iur. Lib. III. c. 19.

Hilliger. ad Donell. Lib. XII. c. 16.

I. H. Boehmer. cit. l. c. 1. §. 23.

wohin besonders alle dieienigen Fälle gehören, in welchen der Promissar selbst dabei interessirt ist, daß dem Dritten das Versprochene geleistet werde,

l. 38. §. 20. et l. 118. in fin. Dig. de uerbor. obligat.

§. 19. Inst. de inutil. stipulat.

l. 3. Cod. eod.

Alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari u. restitui, *nisi sua intersit*, nemo stipulari potest.

und dermal unstreitig ein Fall dieser Art vorliegt, wobei es auch der Dritte an der Annahme des für ihn Stipulirten nicht hatte fehlen lassen.

§. 26.

Ja es findet sich sogar für Fälle der gegenwärtigen Art, da nemlich der Verkäufer eines Guts für seinen bisherigen Pachter die Fortdauer der Pachtung stipulirt hat, eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung in der schon angeführten

leg. 9. Cod. de loc. cond.

Denn wenn hier verordnet ist:

Emtorem fundi necesse non est, stare colono, cui prior dominus locauit; *nisi ea lege emit.*

so geben die letztern Worte klar zu erkennen, daß hier nicht ein Fall vorausgesetzt wird, in welchem der Gutskäufer mit dem Pachter selbst paciscirt und dadurch den Pachtcontract des Verkäufers bestätigt hätte — darüber bedurfte es einer gesetzlichen Vorschrift nicht — sondern gerade ein solcher Fall, wie er dermal vorliegt, da nemlich zwischen Käufer und Verkäufer, zum Besten des Pachters, wegen Fortdauer der Pachtung, eine Verabredung getroffen worden ist.

Es soll also, wenn es gleich nur beim Kaufs-Geschäfte zur Bedingniß gemacht war, daß der Käufer an den Pachtcontract gebunden seyn solle, der Letztre dennoch gegen den Pachter verpflichtet seyn.

Die appellantische Auslegung der Gesetzesworte (§. 13.) ist in ieder Hinsicht irrig.

Will v. d. L.

1) nur eine Verbindlichkeit des Käufers gegen den Verkäufer annehmen; so stehet ihm der klare Inhalt des Gesetzes entgegen. Dieses spricht vom Rechtsverhältnisse des Käufers gegen den Pachter indem es sagt:

Emtorem non necesse est, stare *colono* (nicht *venditori*) cui prior dominus locauit.

Ist nun aber in der negativen Regel vom Pachter die Rede; so muß auch die affirmative Ausnahme:

> necesse est, stare colono; *si ea lege emit.*

von einer Verbindlichkeit des Käufers gegen den Pachter verstanden werden. Was irgend könnte zu Abänderung des Sübiects berechtigen?

§. 27.

Will hiernächst

2) die vom Käufer übernommene Verbindlichkeit blos in Vergütung der aus Nichterfüllung des Pachtcontracts entstehenden Schäden gesetzt werden; so ist auch dieser Zweifel von keiner Erheblichkeit.

Warum sollte dieses Gesetz, welches in seiner verneinenden Bestimmung, unwidersprechlich den ganzen Inbegriff der Obliegenheiten des Verpachters gegen den Pachter erschöpft und den Gutskäufer von ihrer Erfüllung freispricht, im beiahenden Gegensatz auf einmal beschränkend erklärt, und selbst ungeachtet der nachfolgenden erläuternden Worte:

> si probetur, (emtorem) aliquo pacto consensisse, ut *in eadem conductione maneat* (conductor).

mit Ausschluß der hauptsächlichen Verpflichtung gegen den Pachter, blos von der subsidiarischen Entschädigungsverbindlichkeit, verstanden werden?

Wäre dieses iedoch möglich; so ist vorhin schon gezeigt, und ergiebt der Inhalt des Nebenvertrags, daß der Appellant nicht eine blose Entschädigungsverbindlichkeit auf sich genommen habe, sondern ganz in die Stelle des ursprünglichen Verpachters eingetreten seye.

Eben daher ist die Beziehung auf

leg. 25. §. 1. Dig. locat. conduct.

offenbar vergeblich. Denn, nach diesem Fragment, ist der Pachter nur dann zur Entschädigungsklage gegen seinen Verpachter verwiesen, wenn dieser, beim Verkauf, nicht dafür gesorgt hat,

> ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat.

Unter welchen Umständen der Verpachter nicht mehr im Stande ist, seiner hauptsächlichen Verbindlichkeit nachzukommen!

Es beweiset also diese Stelle sogar wider den Käufer, weil im gegenwärtigen Falle der Verkäufer diese gesetzlich empfohlene Sorgfalt nicht unterlassen hat, mithin das gerade entgegen gesetzte Verhältniß eintreten muß.

§. 28.

ad II) Nach der bisherigen Ausführung, konnte v. d. L. die Rechte eines blosen successoris singularis nicht ansprechen, weil Er, mittelst des oftererwähnten Nebenvertrags, in die Rechte und Verbindlichkeiten

des Verpachters v. A. eingetreten war. Ausserdem fanden die oben (§. 14.) angeführten Gesetzstellen gegen den Pachter E. keine Anwendung, weil dieselben voraussetzen, daß die Pachtzeit abgelaufen seye und der Pachter einen rechtlichen Grund zur Retention nicht habe,

Brunnemann. ad leg. Cod. supr. cit.

Coccеii l. cit.

Struben a. a. O.

im vorliegenden Falle aber keine dieser Voraussetzungen eintritt.

Ja hätte sich der Appellant, wie Er behauptet, blos zur billigen Abfindung des Pachters verpflichtet; so könnte derselbe dennoch in Anbetracht, daß diese Abfindung das Surrogat des Auswohnens ist, die Güterräumung nicht eher fodern, als bis das Abstandsgeld berichtigt, oder bei etwan, nach Richterlicher Festsetzung desselben, vom Pachter erregten unnöthigen Weitläufigkeiten, wenigstens gesichert war*).

§. 29.

Und hiebei mußte es verbleiben, wenn auch zu besorgen seyn sollte, daß der Appellant, nach seinem

---

*) Dazu kam noch, daß auch die restitutio spolii (§. 3. 4.) von Seiten des Kammerherrn v. d. L. noch nicht vollständig geschehen war; welches man aber hier nicht einmischen wollte.

Wäre dieses iedoch möglich; so ist vorhin schon gezeigt, und ergiebt der Inhalt des Nebenvertrags, daß der Appellant nicht eine blose Entschädigungsverbindlichkeit auf sich genommen habe, sondern ganz in die Stelle des ursprünglichen Verpachters eingetreten seye.

Eben daher ist die Beziehung auf

leg. 25. §. 1. Dig. locat. conduct.

offenbar vergeblich. Denn, nach diesem Fragment, ist der Pachter nur dann zur Entschädigungsklage gegen seinen Verpachter verwiesen, wenn dieser, beim Verkauf, nicht dafür gesorgt hat,

ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat.

Unter welchen Umständen der Verpachter nicht mehr im Stande ist, seiner hauptsächlichen Verbindlichkeit nachzukommen!

Es beweiset also diese Stelle sogar wider den Käufer, weil im gegenwärtigen Falle der Verkäufer diese gesetzlich empfohlene Sorgfalt nicht unterlassen hat, mithin das gerade entgegen gesetzte Verhältniß eintreten muß.

§. 28.

ad II) Nach der bisherigen Ausführung, konnte v. d. L. die Rechte eines blosen successoris singularis nicht ansprechen, weil Er, mittelst des offterwähnten Nebenvertrags, in die Rechte und Verbindlichkeiten

des Verpachters v. A. eingetreten war. Ausserdem fanden die oben (§. 14.) angeführten Gesetzstellen gegen den Pachter E. keine Anwendung, weil dieselben voraussetzen, daß die Pachtzeit abgelaufen seye und der Pachter einen rechtlichen Grund zur Retention nicht habe,

Brunnemann. ad leg. Cod. supr. cit.

Coccei l. cit.

Struben a. a. O.

im vorliegenden Falle aber keine dieser Voraussetzungen eintritt.

Ja hätte sich der Appellant, wie Er behauptet, blos zur billigen Abfindung des Pachters verpflichtet; so könnte derselbe dennoch in Anbetracht, daß diese Abfindung das Surrogat des Auswohnens ist, die Güterräumung nicht eher fodern, als bis das Abstandsgeld berichtigt, oder bei etwan, nach Richterlicher Festsetzung desselben, vom Pachter erregten unnöthigen Weitläufigkeiten, wenigstens gesichert war*).

§. 29.

Und hiebei mußte es verbleiben, wenn auch zu besorgen seyn sollte, daß der Appellant, nach seinem

---

*) Dazu kam noch, daß auch die restitutio spolii (§. 3. 4.) von Seiten des Kammerherrn v. d. L. noch nicht vollständig geschehen war; welches man aber hier nicht einmischen wollte.

Vorgeben (§. 15.) durch längere Fortdauer der Pachtung, in großen Schaden, ia sogar in Zahlungsunvermögenheit verfallen dürfte; worüber indeß nicht die mindeste Bescheinigung beigebracht worden ist. Denn es wäre solchenfalls die eigene Schuld des v. d. L. daß Er die Bestimmung des ihm unstreitig obliegenden Abstandsgelds, im Wege Rechtens nicht betrieben, mithin sich selbst ausser Stand gesetzt hat, sein Räumungsgesuch rechtlich begründen zu können.

§. 30.

Da nun solchergestalt die appellantischen Beschwehrden unerheblich waren; so wurde für Recht erkannt:

daß zwar die Formalien der Appellation richtig, dagegen aber, so viel die Materialien betrift, die Beschwehrden ganz unerheblich, folglich das am 17. Sept. 1803. eröfnete, bei den Acten (Num. 185.) befindliche Urtheil (s. oben §. 6.) zu bestätigen, die Sache an den vorigen Richter zu remittiren und Appellant in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen, nicht weniger die Actenversendungs- und Urtheils-Gebühren allein zu tragen, schuldig seye. V. R. W.

XIII.

I) Kann ein Gutskäufer, welcher den vom Verkäufer geschlossenen Pachtcontract nicht anerkennen will, nicht dessen ungeachtet auf die Pachtgelder klagen, wenn der Pachter, noch nach dem Kaufsabschlusse, die Güter benutzt hat?

II) Sollte er diese Pachtgelder nicht als billige Vergütung für die vom Pachter widerrechtlich bezogenen Gutsfrüchte fodern können?

§. 1.

Nachdem der Kammerherr v. d. L., wegen Räumung der Pachtgüter, bereits das beim vorigen Rechtsfall (§. 4.) angeführte Mandat gegen den Pachter E. ausgebracht hatte, wodurch der Letztre, wiewol unter Vorbehalt eines Beweises, zur Räumung der Güter angewiesen worden war; so trat v. d. L. unerwartet des Ausgangs dieser Sache, gegen den Pachter E. mit einer neuen Klage auf, mittelst welcher Er die rückständigen liquiden Pachtgelder, anstatt oder auf Abschlag der Gutsfrüchte foderte.

Hier gieng der Kläger von dem Grundsatz aus, daß, seit die Güter R. B. und K. sein Eigenthum geworden, der sonstige Pachter E. welcher diese Güter

bisher, wider seinen (des ietzigen Eigenthümers) Willen usurpirt habe, ihm wegen der fructuum perceptorum ac percipiendorum haften müsse. Nach seinem Dafürhalten, würde es ihn aber zu weit von seinem Ziele entfernen, wenn er sich ietzt schon auf Berechnung dieser Früchte einlassen wollte. Er glaubte vielmehr des rechten Wegs nicht zu verfehlen, wenn er einstweilen, pendente lite, ohne iedoch dadurch die Eigenschaft eines Verpachters annehmen zu wollen, das im v. A.schen Pachtcontract stipulirte Pachtgeld von 1425. Thlr. aufs Jahr, als das Surrogat desienigen, was Beklagter ihm, für die Abnutzung seiner Güter zu geben, schuldig sey, annehme, und sich dabei blos seine weitern Befugnisse vorbehalte.

§. 2.

Dagegen könne der beklagte E. nichts einwenden, weil dieses geringe Pachtgeld zum Ersatz der Früchte lange nicht hinreiche.

Und da, selbst nach desselben Pachtcontract §. 3. die Entrichtung des Pachtgelds, unter keinerlei Vorwand, bei Strafe gestracktester Execution, aufgehalten werden kann; so dürfe Kläger bitten,

dem Beklagten anzubefehlen, daß derselbe die von Antony 1798. bis ietzt rückständig gebliebenen Pachtgelder, mit . . . . . längstens binnen drei Wochen, sub poena paratissimae executionis, cum usuris morae et expensis, bezahlen solle.

§. 3.

§. 3.

Das gebetene Mandat wird zwar, iedoch ohne Strafdrohung, erkannt.

Hierauf erscheint der Pachter E. mit seinem exceptivischen Vortrag, wodurch er vordersamst leugnet, daß der Kläger, statt einer eingebildeten Interesse-Prästation, Pachtgelder von ihm fodern könne, und zwar aus einem Contract, welchen derselbe nicht anerkennen wolle. Er leugnet ferner den Grund des klägerischen Anspruchs, und setzt besonders der Pachtgelder-Foderung von Ant. 1798—99. entgegen: Es finde sich dazu kein rechtlicher Grund in der Klage. Aus der

leg. 9. Cod. loc. cond.

könne der Kläger diese Foderung nicht begründen, und vom Pachtcontract wolle Er nichts wissen.

Der Kläger verfalle sonach in den Widerspruch, vom Beklagten eine Leistung zu fodern, die er sich nicht versprechen, noch auf sich habe übertragen lassen.

Ausserdem stehe dem Kläger, wegen noch nicht bewirkter vollständigen Restitution, die exceptio spolii entgegen.

Welchemnach er, Beklagter, bitte, in Rechten zu erkennen,

daß die Klage, so viel die Pachtgelder von den Terminen Antony und Trinit. 1798. anlangt, überall nicht — zum Antheil derienigen des Ant. Termins

1799. und folgender aber, zur Zeit — — nicht statt habe ꝛc.

§. 4.

Nach weiterer Verhandlung wird, durch ein auswärts eingeholtes Facultäts-Urtheil, erkannt,

daß die von dem Kläger erhobene, auf Pachtzahlung loco fructuum gerichtete Klage angebrachtermassen nicht statt habe, Kläger auch die dadurch veranlaßte Kosten dem Beklagten zu ersetzen, pflichtig.

§. 5.

Der Kammerherr v. d. L. welcher hiegegen die Appellation einlegte, suchte das Beschwehrliche dieses Erkenntnisses, in Hinsicht auf die Sache selbst, folgendergestalt darzustellen.

Der beklagte E. möge die Güter N. ꝛc. zu räumen, schuldig seyn oder nicht; so könne derselbe doch in keinem Falle befugt seyn, fremdes Eigenthum unentgeldlich zu benutzen.

Selbst der Appellat könne zur Benutzung dieser Güter, aus keinem andern Grunde, als aus dem Pachtcontract, sich berechtigt achten; zumal ihm weder ein Retentionsrecht zustehe,

Voet. Comment. ad Pand. tit. locat. §. 32.

noch zur exceptio spolii ein Grund vorhanden seye.

Nothwendig müsse also derselbe, wenn er des Klägers Pachter seyn wolle, die Pachtgelder bis Tri-

nitat. 1799. an ihn bezahlen, oder wenn er die Güter als inuasor et nudus detentor, bis dahin inne gehabt, die fructus perceptos ac percipiendos, samt Schäden und Kosten, ersetzen. Ebendemselben würde im letztern Falle der Beweis obliegen, falls er etwan die Unwahrscheinlichkeit: es seyen die Gutsfrüchte geringer, als die geklagte Pachtgeldssumme gewesen; behaupten wollte.

Die richtige Begründung der erhobenen Klage lasse sich daher nicht bezweifeln.

§. 6.

Denn, in Hinsicht auf das erstere Verhältniß, seye in der Güter-Räumungs-Sache erkannt worden, daß er, v. d. L. schuldig seye, den Pachter zu behalten. Damit stehe es im Widerspruch, daß seine Klage auf Pachtgeld, loco fructuum, angebrachtermassen unstatthaft seyn solle.

Eben so gewiß liege beim letztern Verhältnisse, die Statthaftigkeit der Klage vor.

Der Beklagte seye, nach verkauften Pachtgütern, zu deren unverzüglichen Räumung verbunden gewesen und habe sich hiegegen, durch den bekannten Nebenvertrag, nicht zu schützen vermogt.

Hieraus folge unmittelbar, daß E. als bloser Detentor, zum Ersatz der Früchte pflichtig seye.

§. 7.

Es könne auch eine Illiquidität der geklagten Foderung nicht behauptet werden, obwol der Appellant *loco fructuum*, oder auf deren Abschlag, die sonst bestimmten Pachtgelder gefodert habe.

Denn

1) konnte derselbe, wenn Er den Appellaten auf seinen Gütern lassen wollte, die iährlichen 1425 Thlr. von demselben unstreitig erhalten.

2) Jeder andre Pachter würde diese Summe, besonders bei damäligem ausserordentlich hohen Kornpreiße, gerne gegeben haben.

3) Da der Beklagte das ihm angebotene Abstandsgeld von 3,000 Thlr. viel zu geringe fand; so liege am Tag, daß derselbe, durch die Güter-Benützung, ausser dem zu entrichtenden Pachtgeld, sogar noch einen beträchtlichen Vortheil genossen habe.

§. 8.

Diese Beschwehrde des Appellanten war allerdings scheinbar, da E. die Güter N. ꝛc. nicht unentgeldlich benutzen konnte und sie, vermög seines mit v. A. geschlossenen Pachtcontracts, benutzt hatte; da derselbe beständig behauptete, sein Pachtcontract habe, auch nach dem Güterverkauf, fortgedauert, und es seyen durch den Nebenvertrag zwischen Verkäufer und Käufer, die Rechte und Verbindlichkeiten des Verpachters auf den Kammerherrn v. d. L. übergegangen;

welchem gemäß auch in der Güterräumungssache bereits erkannt war; und da eben hieraus unmittelbar zu folgen schien, daß E. das contractsmäßige Pachtgeld an den ietzigen Eigenthümer der Güter bezahlen müsse.

§. 9.

Allein alles dieses, und namentlich die zuletzt erwähnte Verbindlichkeit des Pachters, konnte bei gegenwärtigem Rechtsstreit nicht in Betracht kommen. Erwägt man

A) daß die vom Kläger gestellte Bitte, auf eine Zahlungsauflage wegen rückständig gebliebener Pachtgelder gerichtet ist, und daß gleichwol derselbe nicht aus dem Pachtcontracte, wodurch diese Foderung allein begründet werden konnte, geklagt, vielmehr dagegen:

> die Eigenschaft eines Verpachters im Verhältniße zu E. annehmen zu wollen;

sogar ausdrücklich protestirt habe; so ist nicht zu mißkennen, daß es der erhobenen Klage an einem schlüssigen Grunde mangelte (welchen der Richter, gegen des Klägers Willen, nicht suppliren konnte) und daß Letztrer, insoferne Er, ohne ein Pachtcontractliches Verhältniß zwischen ihm und dem Beklagten anzuerkennen, von diesem gleichwol Pachtgelder foderte, mit sich selbst im Widerspruch stand.

Da hiernächst der Beklagte, mittelst des Erkenntnisses (§. 4.) von seiner Verbindlichkeit, Pachtgeld zu

bezahlen, keineswegs entbunden, sondern die angestellte Klage nur, als angebrachtermassen unstatthaft, verworfen, folglich dem Kläger, die Möglichkeit, sein dißfalsiges Recht, durch eine rechtlich-begründete Klage, gerichtlich zu verfolgen, nicht entzogen worden ist; so fiel, in dieser Hinsicht, aller Schein einer Beschwehrde für den Appellanten hinweg.

§. 10.

Dasselbe Resultat ergiebt sich, wenn man

B) ganz in die Voraussetzungen und Ansichten des Klägers eingehet.

Betrachtet man nemlich den Beklagten, als blossen und widerrechtlichen Inhaber der v. d. L.schen eigenthümlichen Güter; und hält man sich genau daran, daß der Kläger die Pachtgelder nicht als solche, sondern als ein Surrogat der, bei dem vorausgesetzten Verhältnisse, vom Beklagten zu erstattenden Gutsfrüchte gefodert habe, somit seine Klage eigentlich auf *restitutionem fructuum* perceptorum ac percipiendorum gerichtet, und nur hiebei der Werth der Früchte auf den Betrag der Pachtgelder, d. i. aufs niedrigste und billigste, angeschlagen worden seye; so kann doch auch, bei dieser Ansicht der Sache, die erhobene Klage nicht erhalten werden.

§. 11.

Denn

1) ist eben diese hier gefoderte restitutio fructuum der Gegenstand eines andern, zwischen denselben Parteien anhängigen Rechtsstreits; nemlich des Güter-Räumungs-Processes.

a) Natürlich macht die restitutio fructuum einen Theil der Klage aus, wenn die Güterräumung von demienigen gefodert wird, der sie, eine Zeitlang, widerrechtlich vorenthalten und benutzt haben soll.

b) Schon unter dem allgemeinen Nebengesuch, welches der Appellant, in seiner Räumungsklage, auf Schäden- und Kosten-Ersatz gestellt hatte, waren die entzogenen Gutsfrüchte unstreitig mitbegriffen.

§. 12.

c) Es kann iedoch hierüber schlechterdings kein Zweifel verbleiben, nachdem v. d. L.

1) seiner Klage wegen der Güterräumung (v. 27. Aug. 1798.) um dessen eigene Worte beizubehalten, zu mehrerer Verdeutlichung, noch das Gesuch nachgetragen hat,

> daß Beklagter zugleich zum Ersatz der *fructuum tam perceptorum quam percipiendorum*, seit seiner ungerechten Detention, — — gnädigst mit angewiesen werden möge.

Eben so ließ derselbe

2) selbst in der gegenwärtigen Klage, noch die Aeußerung vorkommen:

es seye Beklagter, in dem gerechten Mandat v. 22. Nov. 1798. pto der Güterräumung, zum Ersatz aller Schäden, **worunter** auch natürlich **die** *fructus mala fide percepti et percipiendi* **begriffen sind**, verurtheilt worden. —

Da nun niemand verbunden ist, über **denselben** Gegenstand, mit **demselben** Gegner, zwei verschiedene Processe zu führen,

Danzens Grundſ. des gem. ord. Proceſſ. §. 38.

oder nach schon gesprochenem Urtheil, den Streit von neuem anzufangen; so ergiebt sich hieraus sogar die gänzliche Unzuläßigkeit dieser wegen der Gutsfrüchte erhobenen besondern Klage.

§. 13.

II) Diese Klage ist auch, **an sich betrachtet**, unstatthaft; weil die Foderung einer bestimmten Geldsumme, namentlich der stipulirten Pachtgelder, aus der zum Klaggrund gesetzten **rechtslosen Detention** der Güter, keineswegs schlüßig abgeleitet werden mag.

1) Bei diesem Klaggrund mußte ia die Foderung des Klägers **hauptsächlich** auf **Restitution** der Gutsfrüchte, und nur *in subsidium*, wenn die Naturalauslieferung, durch Schuld des Beklagten

unmöglich war, auf Ersatz derselben, gerichtet werden,

Hellfeld. Iurisprud. for. §. 583. 590. et 1853.

indem kein Berechtigter aliud pro alio fodern kann.

Hellfeld. cit. l. §. 1928.

Es setzt hiernächst

2) die Foderung einer bestimmten Geldsumme für die Früchte nothwendig voraus, daß die Quantität und Qualität dieser Früchte, welche der Beklagte bezogen haben und zu deren Natural-Restitution derselbe ursprünglich verpflichtet seyn soll, gehörig angegeben werden müsse, weil, ohne diese Angabe, über das Verhältniß der gefoderten Summe zu den Gutsfrüchten, als dem eigentlichen Streitgegenstand, ein Richterliches Urtheil gar nicht möglich ist.

§. 14.

Aus diesem Grunde kann auf das, was oben für die Liquidität und Billigmäßigkeit der geklagten Foderung angeführt worden, (§. 7.) keine Rücksicht genommen werden.

Denn solange man nicht die Qualität und Quantität der Früchte kenne, welche v. d. L. in Anspruch nimmt, und solange man nicht einmal weiß, ob diese Früchte noch vorhanden sind oder nicht? solange bleibt, selbst nach des Appellanten Hypothese, ungewiß, ob Er irgend eine Geld-Vergütung fodern könne? und worin diese bestehen müsse?

Obwol aus dem appellantischen Angeben, darüber einige Vermuthung entstehet, was der Pachter E. oder auch Andre, bei dieser Pachtung zu gewinnen, für möglich oder wahrscheinlich gehalten haben; so lässet sich doch hieraus keineswegs für den wirklichen Bezug der Früchte (quoad quale et quantum) in einem bestimmten Zeitraum, (hier von Trinitat. 1798. bis dahin 1799.) ein statthafter Schluß ziehen.

Der Pachter rechnet auf sämmtliche Pachtiahre, deren eines das andere übertragen kann. Hier kommt es auf den Ertrag eines einzelnen bestimmten Jahres, und noch ausserdem darauf an, daß der Fall der subsidiarischen Verbindlichkeit zur baaren Vergütung eingetreten seye.

Und fehlte es sonach der Pachtgelder-Foderung des Appellanten, selbst nach dessen eigener Ansicht, überall an einem statthaften Klaggrunde.

§. 15.

Es mußte daher das wider den Kammerherrn v. d. L. ergangene Urtheil (§. 4.) bestätigt, auch derselbe in die sämmtlichen Kosten dieser Instanz, einschlüßig der Acten-Versendungs- und Urtheilsgebühren, verurtheilt werden.

XIV.

I) Vom Beweise des Retractsrechts aus der Verwandschaft.

II) Beruhet das Retractsrecht aus der Verwandschaft auf einem allgemeinen Gewohnheitsrechte in Deutschland?

§. 1.

Als der Gerichtsschöpfe W. zu R. in Hinsicht auf gewisse Grundstücke im Schaafgarten, das Retractsrecht aus der Verwandschaft behauptete und deßhalb gegen F. A. Wg. als den Käufer dieser Grundstücke, bei Fürstl. Schwarzenburg. Amte zu A. Klage erhob; so wurde, nach dem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, auf Beweis und Gegenbeweis

I) des Gewohnheitsrechts, vermög dessen im Fürstenthume Schwarzburg-Sondershausen, auch Seiten-Verwandte zum Retractsrechte befugt seyen;

II) der Verwandschaft des Klägers mit der Verkäuferin der Ländereien; erkannt.

Der Kläger, welcher zu diesem gedoppelten Beweise sich nicht verbunden achtete, wendete das Rechtsmittel der Leuterung gegen jenes Zwischenurtheil ein.

§. 2.

Ad I.) berief sich derselbe 1) auf die Meinung angesehener Rechtsgelehrten, nach welcher das Erblosungsrecht, und zwar selbst in seiner Ausdehnung auf die Seitenverwandten, auf einer allgemeinen deutschen Gewohnheit beruhet, folglich in der Regel, als allenthalben gültig präsumirt werden muß und keines Beweises bedarf;

Gail. Obseru. Lib. II. Obs. 19.

Richter. Decis. n. 76.

Meu. ad I. Lubec. P. III. tit. 7. art. 1. n. 1.

Schilter. Exercitat. ad Dig. XXX. §. 138.

Brunnemann. ad leg. 14. Cod. de contrah. emt. n. 3. 4.

I. H. Boehmer. de fundam. retract. dupl. &c. cap. I. §. 16. sqq.

Heinecc. Elem. iur. Germ. §. 412.

Selchow. Elem. iur. Germ. §. 591.

Hellfeld. iurispr. forens. §. 994.

Walchs Näherrecht Cap. 2. §. 17—26.

Runde's allgem. deutsche Priv. R. §. 196.

wobei dem Leuteranten anscheinend zu statten kam, daß ein solches Zeugniß, nach dem Dafürhalten mancher Rechtsgelehrten, einen vollkommenen Beweis des Gewohnheitsrechts machet und dem Gegner nur den Gegenbeweis übrig lässet.

Voet. Commentar. ad Pand. Lib. I. tit. 3. §. 33. ibique cit. Struu. et Müller ad eund. tit. eod. n. 21.

Hiernächst

2) sey das alte Herkommen dieser Retractsart, insbesondere in Ansehung Thüringens, in dessen Mitte die Schwarzburg-Sondershaus. Lande gelegen, nicht etwan blos von einzelnen Rechtsgelehrten, sondern durch die zu Jena, in den der Sächsisch-Ernestinischen Linie gemeinschaftlichen Dicasterien, seit 200. Jahren gesprochenen, von Coler, Richter rc. gesammelten Erkenntnissen, aufs unverwerflichste bezeugt.

Walch a. a. O. §. 33. S. 47.

Diesemnach seye das erste Glied des vom Leuteranten gefoderten Beweises überflüßig.

§. 3.

Und es möge hiegegen

3) die Churfürstlich Sächsische Constitution, (Th. II. N. 31.) wodurch die Erblosung auf die Descendenten des Verkäufers beschränkt ist, nicht angezogen werden, weil ihre Reception in den Fürstlichen Schwarzburgischen Landen keineswegs rechtsbehörig dargethan seye.

Das zu diesem Zweck beigebrachte Zeugniß der Fürstl. Regierung erwähne von einer ausdrücklichen Aufnahme der Chursächsischen Constitutionen nichts.

Und obwol dasselbe enthält, daß im Schwarzburgischen nach den ältern Chursächsischen Constitutionen gesprochen werde, welchemnach diese gesetz-

liche Verordnungen stillschweigend, durch Gewohnheit, ihre Aufnahme gefunden haben müßten; so seye doch dieses Regierungszeugniß, weil es nur allgemein, nemlich ohne Beziehung auf einzelne Fälle, abgefaßt ist, nach bekannten rechtlichen Grundsätzen zu ienem Beweise unzureichend.

Hellfeld. cit. l. §. 87.

Hofacker. Princ. iur. Rom. Germ. §. 125.

Glücks Erläut. d. Pandect. §. 87. II.

§. 4.

Es stand iedoch diesen Zweifelsgründen entgegen, daß

ad 1.) der Begriff eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechts im rechtlichen Sinne des Worts, keine Realität hat,

Hufelands Beitr. z. Berichtig. d. posit. Rechtswissensch. St. I. Abh. 1.

Danzens Handb. des deutschen Privatr. (II. Ausg.) 1. B. S. 335. fgg.

und daß, in Hinsicht auf die Erblosung insbesondre, eine allgem. Gewohnheit sich am wenigsten behaupten lässet, weil die altdeutschen Rechte, durch das aufgenommene Römische Recht, welches diesen Retract verwirft,

l. 14. Cod. de contrah. emt.

aufgehoben sind.

Hellfeld. cit. l. §. 19.

Giebt es auch in Deutschland einige wenige allgemeine Rechtsgewohnheiten, im historischen Sinne; so gehört doch hierunter das Erbfreundsrecht nicht, als welches in mehrern deutschen Provinzen unbekannt ist.

Danzens a. a. O. B. II. §. 196.

Griesingers Commentar üb. d. Würtenberg. Landrechte Th. III. S. 753.

Manche der vorhin (§. 2.) angeführten Rechtslehrer bezeugen nicht einmal eine wahre Allgemeinheit. Gail sagt nur: ubique *fere* locorum. Eben so Mevius: Statutis et uniuersali *fere* Germaniae consuetudine obtinet. Auf gleiche Weise Böhmer: per uniuersam *fere* Germaniam. Und selbst unbeschränkte Schriftsteller-Zeugnisse könnten nicht die Stelle eines gerichtlichen Beweises vertreten, da, von allem andern abgesehen, gewiß keiner dieser Zeugen, eine zuverläßige Kenntniß von allen Provinzen Deutschlands, aus eigener Erfahrung erlangt hat.

Wäre daher die oberwähnte Meinung von der Beweiskraft solcher Zeugnisse gegründeter, als sie ist; und stände ihr nicht der allgemeine Grundsatz entgegen, daß blose Privatzeugnisse zur Beweisführung untauglich sind; so könnte iene Lehre doch von einer allgemeinen durch ganz Deutschland gültigen Gewohnheit nicht verstanden werden.

Wer also irgendwo dieses Erbfreunds-Recht ausüben will, ohne sich in den geschriebenen Gesetzen die-

ses Orts gründen zu können, muß die Gültigkeit jenes Retracts, nach dem Gewohnheitsrecht dieses Orts beweisen.

Lynker. Decis. 1265.

Mynsing. Obseruat. Lib. III. Obs. 51. n. 1.

Stryk. de success. ab intest. diss. VI. cap. 1. §. 15.

Leyser. Medit. ad Pand. Spec. 193. med. 1.

Strubens Nebenstund. Th. V. S. 59.

Pütter Elem. iur. germ. §. 563.

Schaumburg. Comp. Digest. Lib. XVIII. tit. 1. §. 26.

Walchs Näherrecht S. 308 — 324.

Lobethan. Syst. elem. iurispr. priu. §. 194.

Hofacker. Princ. iur. Rom. Germ. §. 1970.

Danzens Handb. a. a. O. S. 212.

§. 5.

Ad 2.) Aehnliche Schwierigkeiten stehen dem für eine Particulargewohnheit in Thüringen aufgestellten Beweisgrunde entgegen.

a) Thüringen besteht aus mehrern, sogar verschiedenen Landesherren unterworfenen Districten. Nach der Natur des Gewohnheitsrechts, kann nicht von einem Lande auf ein anderes, wenn gleich benachbartes, sicher geschlossen werden.

Consuetudo est strictae interpretationis, cum recedat a iure communi, ideoque nec de loco ad locum,

locum, nec de casu ad casum hic ualet argumentum.

Wernh. Obs. sel. for. Vol. IV. Obs. 135.

Danzens Handb. B. I. S. 337.

Das Zeugniß für eine in Thüringen überhaupt geltende Gewohnheit kann daher nur insoferne Werth haben, als dasselbe auf iedes einzelne zu Thüringen gehörige Land sich beziehet und von iedem bestimmte Fälle enthält.

Ein solches Zeugniß hat aber Walch so wenig abgelegt, daß derselbe vielmehr, in der Geschichte des Näherrechts (§. 26.) nur von den Sächsischen Landen Ernestinischer Linie, nicht aber von den Schwarzburgischen Provinzen; und im

II. B. 2. Hauptst. 1. Abschn. 1. Abth. §. 27.

nur von der in den Thüringischen Landen, den Kindern, in Ansehung der elterlichen Errungenschaft, gebührenden Erblosung spricht.

Ueberdies ist in

Hellbachs Schwarzburg. Privatrecht Cap. 14.

des retractus gentilitii gar nicht gedacht.

§. 6.

b) Die Erkenntnisse der Sächsischen Dicasterien, worauf sich der Leuterant ferner gründet, können doch, selbst in soweit sie etwan auf Schwarzburg-Sondershausen sich beziehen, nur als Präiudicien oder

einzelne Handlungen, zum Beweise des Particular-Gewohnheits-Rechts gebraucht werden. Sie können aber diesen Beweis selbst nicht constituiren, da es hiebei noch erst auf die Gleichförmigkeit dieser Handlungen, so wie auf die übrigen Erfodernisse des Gewohnheitsrechts ankommt. Es mußte daher, iener Urtheilssprüche ungeachtet, erst auf den Beweis der behaupteten rechtlichen Gewohnheit, und zwar um so mehr erkannt werden, als dem Beklagten der Gegenbeweis nicht entzogen werden durfte.

Danzens Grundſ. d. gemein. ord. bürg. Proceſſ. §. 251.

§. 7.

c) Folgt nun aber die Nothwendigkeit des auferlegten Beweiſes ſchon daraus, daß einestheils die Erbloſung im Schwarzburg-Sondershauſ. auf einem geſchriebenen Particular-Geſetze nicht beruhet, und eben ſo wenig gemeinen Sächſiſchen Rechtens iſt, weil das Landrecht

Art. 1. §. 34.

worauf ſich Manche beziehen, nicht einmal von dieſer Art des Retracts handelt,

Strubens Rechtl. Bed. Th. III. Bed. 14.

und daß anderntheils der Kläger ſich beſtändig auf ein Gewohnheitsrecht bezogen hat, welches ſeiner Natur nach, nicht ohne Beweis angenommen werden mag;

cap. 1. de conſtit. in VIto.

Voet. cit. l. §. 32.

Glücks a. a. O. §. 87. vom Anf.

Weber üb. d. Verbindlichk. z. Beweisführ. N. II. §. 3. S. 22.

so könnte zwar das Regierungszeugniß (§. 3.) ausser aller Beurtheilung bleiben.

Indeß darf gleichwol nicht unbemerkt gelassen werden, daß dieses Zeugniß von einem allgemeinen Attestat über ein Gewohnheitsrecht sich sehr unterscheidet, indem von fürstlicher Regierung nur die blose Thatsache: daß die dortigen Gerichte an die ältern Chursächsischen Constitutionen, als an eine gesetzliche Norm, gebunden seyen; d. i. eine Thatsache, welche ihr nothwendig bekannt seyn muß *) bezeugt worden ist.

Dahingegen wer ein Gewohnheitsrecht im Allgemeinen bezeuget; ein Urtheil: daß nemlich aus gewissen — nicht einmal angeführten — Handlungen eine rechtsgültige Gewohnheit entstanden seye; ausspricht.

*) Vergl. Weber a. a. O. S. 19. Der Richter wird dazu bestellt, um durch seinen Ausspruch den Parteien zu erkennen zu geben, was die im Staate geltenden Gesetze in ihrer Angelegenheit mit sich bringen, daher er auch die Vorschriften der Gesetze und was diesen gemäß ist, zu wissen, verbunden ist.

§. 8.

Ad II) vermeinte der Leuterant: auch über das verwandtschaftliche Verhältniß zwischen ihm und der Verkäuferin der Grundstücke, seye ihm ohne Noth der Beweis auferlegt. Denn

1) seye dieses Verhältniß nur seine Legitimation zur Sache; worüber kein strenger Beweis, sondern nur eine Bescheinigung gefodert werden könne.

G. L. Boehmer. Princ. iur. Canon. §. 770.

Letztre müsse dermal um so gewisser hinreichen, da im J. 1745. die Kirchenbücher zu R. verbrannt seyen.

Ueberdies habe er

2) den auferlegten Beweis, schon im Voraus, auf eine völlig genügende Art geführet:

a) Durch den beigebrachten vom Pfarrer H. zu R. gefertigten und laut der Ueberschrift, aus dem dortigen Kirchenbuch genommenen Stammbaum, habe er seine und der Verkäuferin der Ländereien Abkunft von einem gemeinsamen Stammvater, genugsam dargethan.

b) Mit diesem Stammbaum stimme des Schultheißens Huck, aus den Flurbüchern genommenes Zeugniß überein; welchem die Beweiskraft nicht mangele, da diese Bücher nicht blos den iedesmaligen Eigenthümer eines Grundstücks, sondern noch ausserdem

enthalte, wie iedes Grundstück von einem Eigenthümer auf den andern, durch Erbschaft, Kauf ꝛc. gekommen, annebst diese Nachrichten von verpflichteten Personen attestirt seyen.

c) Eben diese Blutsfreundschaft erhelle aus dem Original-Loos-zettel von 1712. ingl.

d) aus dem noch besonders über die Abstammung der Verkäuferin von Hanns Friedrich B., von welchem auch der Kläger abstamme, ausgestellten Pfarramtlichen Attestat.

§. 9.

Es ist iedoch, ungeachtet aller dieser schon vorläufig zu den Acten gebrachten Beweismittel, das bestrittene verwandtschaftliche Verhältniß des Klägers, mit Recht zum Beweise und Gegenbeweise ausgesetzt worden. Denn

ad 1) kann eine unbeschränkte Allgemeinheit des hier erwähnten Grundsatzes nicht zugegeben werden. Gewiß leidet derselbe eine Ausnahme, wenn derienige Umstand, welcher die Rechtfertigung zur Sache bewirken soll, zugleich einen Theil des Klaggrunds selbst ausmacht. Dies ist aber bei gegenwärtiger Streitsache der Fall, da dem Kläger, woferne es ihm an der in Frage stehenden Blutsfreundschaft mangeln sollte, auch das Erblosungsrecht nicht zustehen würde.

Ubi autem legitimatio partem libelli constituit, tunc eodem iure cum libello censetur adeoque

illius *probatio* — — — post litem contestatam facienda est.

Horn. Consultat. et Resp. Cl. XII. Sent. 78. pag. 897.

Wernher. Obseruat. sel. forens. P. VIII. obs. 454.

Der Zufall mit den verbrandten Kirchenbüchern, kann den Kläger von seiner Beweisverbindlichkeit nicht befreien.

l. 23. Cod. de probat.

l. 5. et 1;. Cod. de fide instrum.

Amissorum instrumentorum habita testatio nihil ad probationem ueritatis prodesse potest.

Voet. cit. l. §. 19.

Amissio instrumenti non nocet creditori, *si modo* aliter de negotii gesti ueritate constare possit.

Hofacker. cit. l. §. 4478.

Weber a. a. O. N. VI. §. 5.

Dermal kann der angegebene Verlust eines Beweismittels um so weniger in Betracht kommen, da die Verwandschaft nicht nur durch andere Beweisgründe dargethan werden kann, sondern auch, wie aus den Acten erhellet, die Kirchenbücher zu R. wieder hergestellt worden sind.

§. 10.

Ad 2) fället sofort in die Augen, daß die vorhin schon beigebrachten Bescheinigungen zu dem erfoderlichen Beweise nicht hinreichend sind.

a) Dem Stammbaum kann um deßwillen, weil er vom Pfarrer H. gefertigt ist, nicht die Beweiskraft eines Pfarramtlichen Zeugnisses beigelegt werden. Dies kann um so weniger geschehen, nachdem dieser Pf. H. das gerichtliche Geständniß abgelegt hat, daß der Stammbaum sich keineswegs durchaus auf das Kirchenbuch gründe, sondern Er

das Andere, was in dem Kirchenbuche nicht stehet, aus Documenten genommen habe, die (der Kläger) W. hat — — der auch vermögend seyn wird, alles zu beschwören.

b) Flurbücher werden zu einem ganz andern Zwecke, als den, Verwandtschafts-Verhältnisse dadurch erweisen zu können, errichtet. Und diejenigen Personen, welchen die Führung dieser Bücher übertragen ist, sind zwar hierauf, nicht aber auf genaue Bemerkung der Verwandschafts-Verhältnisse verpflichtet. Finden sich also zufälliger Weise in den Flurbüchern einige Familien-Nachrichten; so kann hievon nur zu Unterstützung eines anderweiten Beweises Gebrauch gemacht, nicht aber dadurch ein für sich bestehender Beweis geführt werden.

§. 11.

c) Der beigebrachte Loos- oder Erbtheilungs-Zettel ist zwar, vorausgesetzt, daß die Aechtheit der darin befindlichen Unterschriften anerkannt wird, eine nicht unerhebliche Urkunde. Aber allein ist sie gleichwol nicht hinreichend, weil daraus nicht zu ersehen, ob auch die Verkäuferin von dem unterzeichneten Hanns Val. B. und der Kläger von der Mar. Magd. B. abstammet.

d) Das in gegenwärtiger Leuterungsinstanz erst beigebrachte Pfarramtliche Attestat, worüber die Erklärung des Gegners noch mangelt, konnte zur Zeit gar nicht berücksichtigt werden.

§. 12.

Unter diesen Umständen und da zumal dem Leuteraten weder seine Einreden gegen die Beweismittel überhaupt und das neuvorgelegte Zeugniß insbesondre, noch der Gegenbeweis entzogen werden durfte, blieb also nichts anders, als die Einleitung der Sache zum Beweise und Gegenbeweise übrig. Es wurde daher das vorige Urtheil durchaus bestätigt, iedoch ausdrücklich angefügt: daß dem Leuteranten, hiebei von den allschon beigebrachten Beweismitteln, Gebrauch zu machen, allerdings unbenommen bleibe.

XV.

I) Von der Erbfähigkeit einer zur Zeit des Absterbens des Testators noch nicht erzeugten Person.

II) Sind unter der Erbseinsetzung sämmtlicher Kinder einer bestimmten Person, auch die von derselben erst nach dem Tod des Testators Erzeugten mitbegriffen?

§. 1.

Ad. Wilh. v. K. tritt am 22. April 1800. sein Vermögen seinen noch unmündigen Kindern ab, damit ihnen die Substanz desselben durch Vormünder erhalten werde. Am nächstfolgenden Tage errichtet sein naher Verwandter, der Obrist A. Fr. v. K. zu Hamb. ein Testament, wodurch derselbe, ausser andern Zweigen seiner Familie, auch die sämmtlichen Kinder des Ad. Wilh. v. K. zu seinen Erben, und zwar Letztre auf die Art ernannte, daß sie ein Capital von 20,000 Thlr. erhalten, und dieses nicht an ihren Vater, sondern an die ihnen gesetzten Vormünder, ausgezahlt werden solle.

Ungefähr dreiviertel Jahre hernach starb der Testator. Und ein Jahr nach diesem erfolgten Todesfall, wurde dem zuerst genannten Ad. Wilh. v. K. noch eine Tochter B. J. Fr. geboren.

Es war nun zweifelhaft, ob diese Nachgeborne mit ihren Geschwistrigten, auf die gedachte Erbschaft Anspruch habe, oder nicht? Die hohe Landesregierung wollte hierüber nichts bestimmen. Man beschloß daher, die Sache vor den Gerichten, im ordentlichen Rechtswege zu verhandeln.

§. 2.

Der für diese Fräuln B. J. Fr. aufgestellte Litiscurator foderte nun für dieselbe einen gleichen Antheil an dem Erbe der $\frac{20}{m}$ Thlr. weil sie unstreitig mit zu den sämmtlichen Kindern des Ad. Wilh. v. K. gehöre, welche der Testator ohne Einschränkung und ohne namentliche Anführung, bedacht habe.

Der beklagte LitisCurator der ältern v. K.schen Kinder excipirte hiegegen:

Der Obriste v. K. habe nicht unbestimmt die sämmtlichen, sondern die sämmtlich-unmündigen Kinder des v. K., — welches auf die Klägerin nicht passe — zu seinen Miterben eingesetzt.

Ueberhaupt könne diese einen gleichen Erbantheil nicht fodern. Denn

A) seye es eine gesetzliche Unmöglichkeit, daß dieselbe Erbin des Testators seyn könnte;

B) könne sie, auch nach dem Inhalt des Testaments, nicht dafür angesehen werden.

§. 3.

ad A) Die Klägerin seye, in Rücksicht des Testators, eine Postuma, welche zur Zeit seines Todes noch nicht erzeugt war.

Eine solche nachgeborne Person könne, nach den Gesetzen und nach dem Wesen des Erbrechts, als welches den unmittelbaren Eintritt des Erben in die Verlassenschaft, vom Moment des Todes des Erblassers an, also capacitatem hereditatis zu dieser Zeit, zur unerläßlichen Bedingniß iedes wirklich werdenden Erbrechts macht, nicht Erbe des Verstorbenen werden.

Durch die Unfähigkeit der Klägerin, Erbin des Testators werden zu können, falle also das angesprochene Erbrecht von selbst hinweg.

§. 4.

ad B) Die sämmtlich-unmündigen Kinder des v. K. seyen zu Erben eingesetzt und ihr Antheil an der Erbschaft soll den ihnen gesetzten Vormündern ausgezahlt werden.

Diese beiden Bestimmungen passen nur für solche Kinder, welche, zur Zeit des errichteten Testaments, schon geboren und denen damals Vormünder schon gesetzt waren. Die noch nicht Gebornen konnte der Testator nicht unmündige nennen; er konnte sich bei ihnen keine gesetzte, sondern höchstens gesetzt-werdende Vormünder denken.

Es liege also schon in den gebrauchten Ausdrücken, daß nur die bereits gebornen Kinder eingesetzt, die noch nicht gebornen aber weder ausdrücklich noch stillschweigend unter der Disposition begriffen seyen.

Nach diesen Bestimmungen des Testaments, habe der Testator an den Fall, daß dem v. K. noch Kinder geboren werden könnten, gar nicht gedacht. Sonst hätte er vielleicht die Klägerin miteingesetzt.

Aber dadurch seye dieselbe nicht wirklich eingesetzt. Die höchste Wahrscheinlichkeit könne dißfalls die Stelle der wirklichen Erbseinsetzung nicht vertreten, wenn diese selbst mangelt.

§. 5.

Nach eingekommenen sehr weitläufigen Replick- und Duplick-Schriften, wird durch ein von Helmst. eingeholtes Urtheil erkannt:

Sind Beklagte die Klägerin für ihre Miterbin zu erkennen, mithin dieselbe an den — den sämmtlichen Ad. Wilh. v. K.schen Kindern von dem verstorbenen Obristen v. K. ausgesetzten $\frac{20}{m}$ Thlr. auf gleiche Weise theilnehmen zu lassen, verbunden. Die Kosten dieses Processes aber werden billig gegen einander verglichen und aufgehoben.

§. 6.

Der LitisCurator der beklagten v. K.schen Kinder legte hiegegen das ordentliche *) Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in der gehörigen Zeit ein, und suchte dann den Grund seiner Einrede; daß nemlich die Klägerin in Hinsicht auf den Testator weder erbfähig, noch zur Miterbin eingesetzt seye; weiter auszuführen, auch besonders die Entscheidungsgründe des ergangenen Urtheils zu widerlegen.

Der Litiscurator der Klägerin wurde hierüber gehört, und nun kamen die Acten hieher.

§. 7.

Die Beschwehrden des Imploranten hatten allerdings den Anschein der Erheblichkeit.

I) schien es der Klägerin, ietzigen Imploratin, in Hinsicht auf den Obristen v. K., sogar an der Erbfähigkeit zu mangeln.

Unstreitig erst ein volles Jahr nach dessen Absterben geboren, war dieselbe, nach der Meinung des

---

*) Es wurde nemlich dieser Rechtsstreit im Mecklenburgischen verhandelt, wo das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in d. v. St. unter die remedia *ordinaria* et *suspensiua* contra sententias gehört, mithin zu dessen Rechtfertigung nicht eben noua erfoderlich sind. Land- und Hofg. Ordn. Th. II. Tit. 36. *Carmon* de remed. suspensiu. ordin. in Megapoli consuetis. (Rost. 1733.) Sect. III.

implorantischen LitisCurators, wenigstens in diesem Moment, da der Erblasser starb, schlechterdings nicht im Stande, den Letztern repräsentiren zu können. Gleichwol erfodere das positiv-rechtliche Institut der Erbfolge nothwendig, daß der Erbe seinen Erblasser, vom Augenblick des Todes an, rechtlich vorstelle, weil der Erblasser im Erben fortleben soll. Dieser müsse sonach, im Augenblick des Absterbens des Testators, erbfähig seyn.

Hofacker. Princ. iur. Rom. Germ. §. 1289. not. b.

Malblanc. Princ. iur. Rom. §. 708.

Bei wem hingegen der Eintritt in das Rechtsverhältniß des Verstorbenen, sogleich vom Augenblick des Todes an, entweder überhaupt, oder in Beziehung auf einen bestimmten Erblasser, sich nicht gedenken lässet; diesem müsse auch entweder die Erbfähigkeit überhaupt, oder die, eines bestimmten Erblassers Erbe zu werden, nothwendig mangeln.

§. 8.

Ausserdem stehen noch folgende specielle, auf diese Natur des Erbrechts gegründete Bestimmungen der Gesetze dem Erbanspruch der Klägerin entgegen.

1) Ihr war unmöglich, dem Testator vom Augenblick seines Todes an, zu succediren; welches doch die Gesetze erfodern,

l. 138. pr. et l. 193. D. de reg. iur.

weil sie zur selbigen Zeit, als menschliches Wesen, noch gar nicht existirte.

2) Durch Zulassung der Klägerin zur Miterbschaft würden auch die bekannten Regeln des Römischen Rechts:

nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere; nemo in diem u. ex die heres institui potest.

§. 9. Inst. de heredib. instituend. Vinn. ad h. §. n. 4.

überschritten werden.

§. 9.

Und es kommen hiegegen, nach dem fernern Dafürhalten des implorantischen LitisCurators, die Entscheidungsgründe des vorigen Urtheils nicht in Betracht.

So könne zwar

a) wohl eingeräumt werden, daß, nach neuerm Rechte, die qualitas personae incertae einem Postumus nicht entgegen stehe. Aber hieraus folge keineswegs, daß derselbe nicht aus andern Gründen erbunfähig seyn könne.

Ja es liege ein solcher Grund eben darin, wenn der Postumus beim Absterben des Testators, noch nicht concipirt gewesen, indem der Prätor den Postumis, blos unter Voraussetzung ihrer Existenz im Mutter-

leibe, die bonorum possessio gegeben, und Justinian diese Prätorische Verordnung unabgeändert in das Civilrecht übergetragen habe; überhaupt kein einziger Fall, weder im Civil- noch im Prätorischen Rechte, weder bei der testamentarischen noch bei der Intestat-Erbfolge vorhanden seye, wo einem, erst nach des Erblassers Tod erzeugten Postumus die Erbfähigkeit zuerkannt wäre.

§. 10.

b) Der Grundsatz:

Nasciturus habetur pro iam nato;

sey in dieser Allgemeinheit, wie er hier genommen worden, in den Gesetzen nicht gegründet, sondern blos von *nascituris*, *iamiam in utero existentibus* zu verstehen.

l. 26. Dig. de statu homin.

l. 153. D. de uerbor. significat.

l. 7. D. de suis et legitim. heredib.

§. 11.

c) Obwol nicht nöthig, daß die Erbschaft, sogleich nach Absterben des Erblassers, wirklich angetreten werde, weil die Abtretung als eine Bedingniß betrachtet, mithin, wenn sie erfolgt, ihre Wirkung ad initium retrotrahirt, somit die Sache so angesehen wird, als ob der Erbschaftsantritt im Augenblick des Erbanfalls geschehen wäre; so lasse sich demungeachtet nicht behaupten, daß, wegen der Rechtsregel:

hereditas iacens personam defuncti sustinet;

es

es bei der testamentarischen Erbfolge nichts Wesentliches seye, daß die Erbschaft, sogleich nach des Erblassers Tod, vom Erben wirklich erworben werde. Denn es habe dieser Grundsatz oder die erwähnte Fiction blos den Zweck, die Erbschaft vor der Herrenlosigkeit zu sichern, welche sonst immer vom Momente des Absterbens des Erblassers, bis zum Moment der Adition eintreten müßte. Es könne also dieselbe nicht über diesen Zweck erstreckt noch dazu gebraucht werden, um dem, zur Zeit des Absterbens des Erblassers unfähigen Erben, auf solange, bis derselbe etwan die Fähigkeit erlangt, die Erbschaft aufzubehalten.

§. 12.

Wollte man indeß die Erbfähigkeit der Klägerin voraussetzen; so wäre derselben damit nichts geholfen, da sie

II) von dem ernannten Testator, zur Miterbin keineswegs eingesetzt worden seye.

Die testamentliche Verordnung enthält im Wesentlichen:

Ich setze — — — des Herrn Ad. Wilh. v. K. auf M. sämmtliche unmündige Kinder — — zu meinen wahren wesentlichen Erben.

Und nach einer Nebenbestimmung soll das diesen Kindern zugedachte Capital an die ihnen gesetzten Vormünder ausgezahlt werden.

Hieraus erhelle:

1) daß der Testator an den Fall nachgeborner Kinder des A. W. v. K. gar nicht gedacht habe, indem er sonst des Beiworts: unmündig, bei der Erbseinsetzung sich nicht bedient, auch nicht von ihnen gesetzten Vormündern gesprochen haben würde;

2) daß die Klägerin in den Worten der Erbseinsetzung nicht begriffen seye, weil nur die zur Zeit des errichteten Testaments schon Gebornen, unmündige genannt werden konnten, und dieses äußersten Falls bis auf die zur Zeit des Absterbens des Erblassers bereits Erzeugten (keineswegs aber auf die, im letzten Zeitpuncte nicht einmal im Mutterleibe existirenden) ausgedehnt werden dürfe, mithin da solches klar, die gesetzliche Vorschrift,

> in leg. 25. et l. 69. §. 1. Dig. de legat. III.
>
> Non aliter a significatione uerborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem;

ihre Anwendung finden müsse;

zumal

3) diesem noch beitrete, daß ein, mehrern Personen, nomine collectiuo hinterlassenes Vermächtniß nur denienigen gebühret, welche zur Zeit des Absterbens des Erblassers, also zur Zeit des Anfalls, unter den bestimmten Personen-Inbegriff gehören.

l. 19. Dig. de reb. dub.

l. 32. §. ult. D. de legat. II.

G. L. Böhmers Rechtsfälle B. I. Abth. II. Resp. 72. §. 9. n. 13. 14.

§. 13.

4) Die Entscheidungsgründe des ersten Urtheils erregen auch hiegegen keinen statthaften Zweifel.

a) Es könne der Klägerin nichts nützen, daß sämmtliche Kinder ihres Vaters, ohne nähere Bestimmung durch Namen und Anzahl, als Blutsfreunde des Testators, und weil derselbe gewußt, daß sie von ihrem Vater nicht standesmäßig erzogen werden können, zu Erben eingesetzt worden, weil sie, beim Absterben des Erblassers, noch nicht unter diesen Inbegriff von Personen gehört habe;

eben daher

b) auf das Verhältniß, daß die Klägerin mit dem Testator in gleichem Grade verwandt ist, und zu ihrer Erziehung noch mehr bedarf, als ihre Geschwistrigte, nichts ankomme;

auch

c) vergeblich behauptet werde, daß die Worte der Erbseinsetzung:

unmündig; unter Curatel gesetzt;

keine Beschränkung derselben auf die bereits gebornen Kinder des A. W. v. K., sondern blos den Beweggrund zu dieser Disposition enthalten. Denn,

nach dieser Supposition, würde man annehmen müssen, daß der Testator mündige Kinder des v. K., weil bei diesen iener Beweggrund nicht stattgefunden, nicht zu Miterben ernannt haben würde; welches doch dem vorigen Urtheilsverfasser selbst nicht glaublich seyn könne. —

§. 14.

Allein, was

ad I) die bestrittene Erbfähigkeit der Imploratin betrift; so leidet es keinen Zweifel, daß, nach dem neuern Römischen Rechte, personae *incertae*, sowol Erbs- als Legats-Weise, bedacht werden können, und daß, wie die *postumi* überhaupt,

§. 4. Inst. de hered. qualit.

so insbesondre die postumi *alieni*, ganz unbedingt für erbfähig erklärt sind.

§. 25—28. Inst. de legat.

Scip. Gentilis de errorib. testamentor. cap. 2.

Ius uetus hac parte emendatum est: generaliter enim licet, etiam *incertas* personas instituere, h. e. quas testator nouisse non potuit, quae futurae essent; sed eas euentus declarauit et certas fecit *post ipsius mortem* &c.

I. Strauch. de personis incertis cap. IV. et V.

Reinharth. Obseruat. ad Christin. Vol. IV. Obs. 44.

Iustinianus — — quasi instar regulae ordinauit: Omnes personas, quae testatori quidem incertae, ex euentu tamen nobis certae fieri possunt, *pro certis atque tam hereditatum, quam legatorum capaces habendas.*

Rau de personis incertis ex testamento heredibus; p. tot. praef. §. 8. p. 44.

Hofacker Princ. iur. Rom. Germ. §. 1291. III. et 1289.

Thibaut's Syst. d. Pand. R. §. 794.

§. 15.

Da nun das Gesetz zwischen postumis alienis, welche zur Zeit des Absterbens des Testators bereits im Mutterleibe existirten, und solchen, welche erst nachher erzeugt wurden, nicht unterscheidet, so mag auch den Letztern die Erbfähigkeit nicht abgesprochen werden.

Vergl. Voet. Commentar. ad Pand. Lib. XXVIII. tit. 5. §. 12.

Si quis ergo fratrum aut sororum aut cognatorum *adhuc caelibum* liberos postea nascituros instituat, *ad hereditatem eius etiam uenient, qui, moriente testatore, necdum nati aut concepti sunt.* Et quia incertum est, an et quot et quo tempore nascituri sint, hinc illis, qui nascuntur, incertae interim hereditatis partes uidentur quaesitae, tum demum certae futurae, cum

constiterit, non alios posse ex personis testamento expressis posthumos nasci. arg. leg. 1. §. ult. Dig. si pars heredit. petat.

Zumal schon nach dem Pandectenrechte, sogar postumi *sui nondum concepti*, sed ex ea, quae testatori nondum matrimonio iuncta est, nascituri, si modo testatori cum tali muliere ius connubii sit, zu Erben eingesetzt werden können.

l. 9 §. ult. et l. 27. D. de. liberis et postum. heredib. instit.

Voet. cit. l. §. 3.

§. 16.

Und obwol, in Ansehung des **unmittelbaren** postumi *sui*, vorauszusetzen, daß derselbe, bei Absterben des Testators, wenigstens im Mutterleibe existire; so beruhet doch dieses auf einem eigenen, nur bei dergleichen Nachgebornen, nicht aber bei **mittelbaren** suis et *alienis* postumis eintretenden, mithin auf die Letztern nicht anwendbaren Grunde.

l. 29. pr. Dig. de libr. et postum.

Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: Si filius meus, uiuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, s. quae neptis, post mortem meam, *in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur*, natus nataue erit, heredes sunto.

Westphals Theorie des Röm. R. v. Testamenten §. 485. "Der Enkel soll nemlich nach des „Sohnes Tode, zu einer Zeit geboren werden, „da er noch von ihm seyn kann.„

Im übrigen findet sich aber bei den im Mutterleibe existirenden dasselbe Verhältniß, wie bei den noch nicht erzeugten, daß sie nemlich, strenge genommen, noch nicht Subiecte von Rechten und Verbindlichkeiten sind, sondern alles davon abhänget, ob sie in der Folge lebend und lebensfähig geboren werden.

l. 9. D. ad leg. Falcid.

l. 1. §. 1. D. de uentre inspic.

l. 14. Cod. de fideicommiss. libert.

Partus, dum in uentre portatur, homo fieri speratur.

l. 2. et 3. Cod. de postum. hered. instit.

Vxoris abortu testamentum mariti non solui — — Si uiuus perfecte natus est, — — testamentum rumpi.

Em. Merill. Obseruat. Lib. I. cap. 16.

Ger. Noodt. de partus exposit. et nece ap. uet. Cp. II. et XI.

Chsti. Gottl. Schwarz de iure homin. nascituror. §. 7.

Mallinkrot. de statu nondum natorum §. 15. 16.

§. 17.

Sollte es daher bei den ältern Grundsätzen verbleiben, daß nur derjenige zum Erben eingesetzt werden könne,

> cui licebat comitiis interesse et qui, *tempore testamenti facti, mortis testatoris* et aditionis hereditatis, eius conditionis esset, ut in uniuersum ius defuncti succedere ualeret;
>
> l. 4. §. 1. D. de heredib. instit.
>
> Rau cit. diss. §. 4.

so würden die postumi in utero existentes eben so wenig, als die nondum concepti, erbfähig seyn. Mithin ist kein Grund vorhanden, warum bei postumis *alienis*, nondum conceptis, wenn nachher die Bedingung der Geburt eintritt, in Rücksicht der Rechtsverhältnisse, ein Anderes, als bei den in utero iamiam existentibus, statuirt werden sollte.

§. 18.

Fände indeß hiegegen noch einiger Zweifel statt; so würde derselbe im gegenwärtigen Falle sich dadurch heben, daß dermal von einer persona *incerta ex persona certa*, nemlich von den Kindern eines dem Testator wohl bekannten und ihm nahe verwandten Mannes die Rede ist, wobei folglich ein Hauptgrund, warum, nach dem ältern Rechte, personae incertae erbunfähig waren;

> quoniam certum consilium debet esse testantis.
>
> Ulpian. Fragm. Lib. XXII. §. 4.

seine Anwendung verliert.

Denn bei der Erbseinsetzung einer solchen Person kann der Testator einen bestimmten vernünftigen Zweck haben; woran es auch im vorliegenden Falle nicht mangelt, da der Obriste v. K. die wohlthätige Absicht hatte, den hülfsbedürftigen Kindern seines Agnaten eine Unterstützung zu gewähren. Eben daher konnten dergleichen personae incertae, schon nach dem ältern Rechte, bedacht werden.

§. 25. circ. fin. Inst. de legat.

§. 19.

Hiegegen kann auch der obige Scheingrund: daß der Erbe, wenigstens zur Zeit des Absterbens des Erblassers, erbfähig seyn müsse, die Klägerin aber, selbst beim Tode des Obristen v. K. noch nicht erzeugt gewesen seye; nebst den weiters daraus gezogenen Folgerungen (§. 7. 8.) keinen statthaften Zweifel erregen;

1) Nachdem einmal schlechthin ungewisse Personen, z. B. qui primus ad funus meum uenerit; qui calend. Ianuar. *post mortem meam* consul designatus erit; gegen die Verordnung des ältern Rechts,

Ulpian. cit. l.
cit. §. 25. Inst. de legat.

zu Erben eingesetzt werden können; so folgt hieraus unmittelbar, daß von ihnen die Erbfähigkeit, blos zur Zeit der Erbsantretung, gefodert werden möge.

Scip. Gentil. cit. l. pag. 14.

Reinharth. loc. alleg.

Und wie es, wenn derienige zum Miterben eingesetzt ist,

quicunque filio meo filiam suam in matrimonium dederit

sup. cit. §. 25. Inst.

ihm keineswegs schadet, daß seine Tochter nicht schon, zur Zeit des Absterbens des Testators, mit dessen Sohne verheyrathet ist, folglich dem ernannten Miterben, zu dieser Zeit gerade die Eigenschaft noch fehlet, wodurch er der Erbschaft fähig wird; so muß es auch der Klägerin unnachtheilig seyn, daß sie nicht schon beim Tode des Obristen v. K. gelebt hat. Selbst G. L. Böhmer bezeugt, daß eine Vollkommenheit und Gegenwart der eingesetzten Person in hoc mortis momento, keineswegs nöthig seye.

s. desselb. Auserles. Rechtsfälle B. I. Abth. 2. Resp. 79. N. 15.

§. 20.

2) Schon nach den Pandecten-Rechte, können Untüchtige, sub conditione recuperandae capacitatis, zu Erben eingesetzt werden; wobei nicht verordnet ist, daß sie die Fähigkeit, noch vor des Testators Absterben, erlangt haben müßten.

l. 62. pr. D. de hered. instit.

Brunnemann. ad h. leg. n. 1.

Und nach dem neuern Rechte, können die *captiui* schlechthin zu Erben ernannt werden,

l. 49. §. 2. Cod. de episc. et cleric.

wobei also die Erbfähigkeit, beim Absterben des Testirers, gleichfalls nicht gefodert, sondern schon für hinreichend geachtet wird, wenn nur dergleichen Personen die Erbfähigkeit künftig erhalten, um die Erbschaft antreten zu können.

§. 21.

Dazu kommt

3) daß die Erbseinsetzung der ungewissen Personen überhaupt, ihrer Natur nach, bedingt, und insbesondre die Erbseinsetzung der Nachgebohrnen an die stillschweigende Bedingniß gebunden ist:

si deinde uiui ac uitales nascantur;

welchemnach von ihnen, auch aus diesem Grunde, die Erbfähigkeit blos zur Zeit des Erbsantritts, gefodert werden kann.

§. 4. Inst. de hered. qualit. et differ.

l. 49. §. 1. D. de hered. instit.

Brunnemann. ad leg. 62. D. eod.

Lauterbach. Colleg. theor. pract. Lib. XXVIII. tit. 2. §. 10.

Zugleich ergiebt sich eben hieraus die weitere Folge, daß es im vorliegenden Falle, an der Repräsentation des Erblassers, nicht auf einige Zeit geman-

gelt habe. Denn die erfüllte Bedingniß wird ad initium actus retrotrahirt, oder die Sache so angesehen, als ob der Erbe allschon im Augenblick des Todes des Erblassers, die Erbschaft angetreten hätte.

l. 105. D. de condit. et demonstrat.

Hellfeld. Iurisprud. forens. §. 1461.

Hofacker citat. §. 1330.

Und würde folglich, selbst wenn Klägerin die einzige Erbin des Obristen v. K. gewesen wäre, dennoch eine Vermischung der Intestat- und testamentarischen Erbfolge nicht zu besorgen gewesen seyn.

Successores enim ab intestato ante natiuitatem postumorum non recte exigunt, sibi interim committi hereditatem — — sed potius bona hereditarii per executores aut tutores administranda sunt, donec certum fuerit, postumos nullos nascituros esse.

Voet. cit. l. Lib. XXVIII. tit. 5. §. 12.

§. 22.

4) Können aber Ungebohrne einmal Rechte haben, welche ihnen bis zu ihrer Geburt aufbewahrt werden müssen,

l. 3. Dig. si pars heredit.

welches heut zu Tage keinem Zweifel unterworfen;

Schwarz. cit. diss. §. 8. sqq.

so ist nicht abzusehen, warum die vorhin ermelte Fi-

ction nur bei den in utero latentibus, nicht aber bei den übrigen Ungebohrnen, Anwendung finden sollte, da doch iene, vor ihrer Geburt, eben so wenig, als diese, den Erblasser zu repräsentiren vermögen, nach der Geburt aber, es von diesen eben so wol, als von ienen geschehen kann. Auch ist die Repräsentation des Erblassers deßhalb nicht für mangelhaft zu achten, weil man nicht sogleich sagen kann, wie viel der Erben seyn werden?

Denn eben dieses Verhältniß tritt auch in andern Fällen ein; so oft nemlich einige Erben unbedingt, andere aber unter Bedingniß eingesetzt sind, mithin bei Letztern erst abzuwarten ist, ob die Bedingniß existiren wird oder nicht? Ja es tritt Ebendasselbe sogar bei postumis in utero latentibus ein, insoferne dieselben noch andre Miterben haben.

l. 1. §. ult. l. 3. et 4. D. si pars heredit. petatur.

§. 23.

5) Wie könnte auf die implorantischer Seits aus dem ältern Rechte benutzten Subtilitäten Rücksicht genommen werden? nachdem Kaiser Justinian, durch seine spätere Verordnung, wodurch er die personas incertas, und namentlich die postumos alienos erbfähig machte, von den ältern Principien geflissentlich abgewichen ist, mithin diese gegen iene nicht angezogen werden mögen; dann ohnehin nach dem Geist der Justinianischen Gesetzgebung überhaupt, und nach ausdrücklichen Bestimmungen derselben, der Wille eines

Testators vor allen beobachtet, ia selbst als ein Gesetz angesehen werden soll.

l. 5. D. Testam. quemadm. aperiant.

l. 35. §. 3. D. de heredib. instit.

l. 23. pr. Cod. de legat.

Nou. 22. cap. 2.

§. 24.

Die gegen die Entscheidungsgründe des vorigen Urtheils (§. 9. 10. 11.) vorgebrachten Einwürfe sind nicht unwiderleglich.

Ad a) Der hier aufgestellte Zweifel hebt sich theils durch die, im neuern Recht, den postumis alienis unbeschränkt ertheilte Erbfähigkeit, theils dadurch, daß die Erbseinsetzung der ungewissen Personen, ihrer Natur nach, also nothwendig, bedingt, mithin schon genug ist, wenn ihnen nur, zur Zeit der erfüllten Bedingniß, die Erbfähigkeit nicht mangelt (§. 21.)

Hingegen lässet sich mit Grund nicht behaupten, daß Justinian blos die Verordnung des Prätors ins Civilrecht übertragen habe.

S. §. 27. Inst. de legat.

Iani a Costa Comment. ad §. 28. Inst. eod.

Voet. Comment. Lib. XXVIII. tit. 5. §. 12.

Und es fället um so weniger bedenklich, in Gemäßheit der so unbeschränkten Verordnung des Kai-

sers, bei der testamentarischen Erbfolge, solche zuzulassen, welche beim Tod des Testators noch nicht erzeugt sind, da dergleichen künftig erst zur Existenz kommenden Personen, auch bei der Intestaterbfolge, nach Justinians Ordnung

in Nou. 118. cap. 1.

unter gewissen Umständen, ein Erbrecht zustehet.

Voet. Comment. Lib. XXXVIII. tit. 17. §. 6.

Praetor edicto suo tollere quidem uoluit differentiam inter suos et emancipatos. Sed quibus in casibus quis non poterat ex iure ciuili tanquam suus admitti, in his quoque Praetor noluit eum ex suo edicto admittere; Iustinianus uero in Nou. 118. cap. 1. simplicem ac diuersum a iure ueteri succedendi ordinem introducendo et nepotes reliquosque *descendentes sine ulla distinctione uocando ad successionem* ab intestato, *nepotesque post mortem aui conceptos haud excludendo*, eosdem censeri debet aeque, ac alios iam natos aut conceptos ad auitam uocasse hereditatem tanquam tales, quibus non minus, quam aliis descendentibus ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, parentum addicit hereditatem.

§. 25.

Ad b) Nach der bisherigen Ausführung, bedarf man zwar, zum Beweise der in Frage stehenden

Erbfähigkeit, des oberwähnten Canons nicht einmal; so wie derselben auch die oben angeführten Gesetze, als welche sich blos auf postumos *suos* und auf die Intestaterbfolge beziehen, nicht entgegen sind.

Indeß ist gleichwol die Erweiterung der Rechtsregel:

Nasciturus habetur pro iam nato;

auf alle nondum natos nicht nur dem Grundsatze: daß Ungebohrne überhaupt, auf den Fall ihrer künftigen Existenz, Rechte haben können; gemäß, sondern auch in dem Geiste der neuern Römischen Gesetzgebung unstreitig gegründet, insoferne dadurch selbst personae incertae der Art, welche nicht eher, als nach des Testators Tod, certae werden können, für erbfähig erklärt sind.

§. 26.

Eben daher wird

ad c) gegen die Anwendung eines andern Grundsatzes:

Hereditas iacens personam defuncti sustinet;

vergeblich gestritten, und beruhet das hierüber oben (§. 11.) vorgebrachte zugleich auf einem Mißverstande. Denn es würde die Voraussetzung: daß personae incertae, namentlich postumi alieni, nach Justinians Verordnung, zwar zu Erben eingesetzt werden könnten, iedoch Ebendieselben blos deßhalb, weil sie personae incertae, als erbunfähig betrachtet werden müßten:

auf

auf einen handgreiflichen Widerspruch hinausgehen. Im Gegentheil ist es in der Natur der Sache gegründet, daß dergleichen Personen — falls sie nicht etwan aus einem andern Grunde, z. B. als Söhne eines Hochverräthers, erbunfähig sind, entweder ungeachtet der, zur Zeit des Absterbens des Erblassers noch obwaltenden Ungewißheit, als erbfähig betrachtet werden müssen, oder zu dieser Zeit, die Erbfähigkeit von ihnen gar nicht gefodert werden mag, sondern es schon genug ist, wenn ihnen nur, zur Zeit der erfolgenden Gewißheit und des Erbschaftsantritts, eine Erbsunfähigkeit nicht entgegen stehet. Welches sich durch den vom Imploranten selbst angeführten Grundsatz, daß die Erbsantretung für eine Bedingniß zu achten; noch mehr bestätigt. (s. §. 31.)

Ja selbst der Zweifel, daß der Erbschaftsantritt bei einem solchen Ungebohrnen (tempore mortis testatoris *necdum concepto* postumo) als schon zu dieser Zeit geschehen, nicht einmal durch Fiction angenommen werden könne, weil dieses eine Unmöglichkeit war; hebet sich durch das Beispiel des furiosi, dessen, vielleicht mehrere Jahre nach dem Erbschaftsanfall, bei wieder erlangtem Verstandesgebrauch, geschehene Erbsantretung gleichfalls bis zum Tod des Erblassers, d. i. auf einen Moment zurückgezogen wird, in welchem es dem Rasenden schlechterdings unmöglich war, die Erbschaft anzutreten.

l. ult. §. 7. 8. et 9. Cod. de curat. furios.

§. 27.

Fragt sichs nun

ad II) Ob die Imploratin, unter der Obrist v. K.schen Erbseinsetzung mitbegriffen seye? so ist auch diese Frage allerdings zu beiahen; weil der Testator ausdrücklich die sämmtlichen Kinder des Ad. Wilh. v. K. zu seinen Erben miternannt, ia im §. 7. des Testaments, dieses Beiwort: sämmtliche; Anfangs schlechthin gesetzt, und nur erst im weitern Verfolg seiner Verordnung, des gedoppelten Prädicats:

sämmtliche unmündige,

sich bedient hat. Denn ienes Beiwort schließet, schon nach seiner gemeinen Bedeutung, alle Kinder des Ad. Wilh. v. K., somit auch die Nachgebohrnen, in sich.

(Adelungs) Grammat. kritisch. Wörterbuch B. III. unter: sämmtlich.

Hofacker. Princ. iur. Rom. Germ. §. 226.

Und eben dieses ist, nach den Gesetzen, ausser Zweifel, da selbst die indefinite gebrauchten Ausdrücke: Kinder; Töchter; von den Nachgebohrnen mitverstanden werden müssen.

l. 164. et l. 220. pr. D. de uerb. signif.

G. E. Böhmers Rechtsfälle, Resp. 72. §. 9. zu E. und §. 12.

§. 28.

Dabei verdient noch eine besondre Erwägung, daß der Erblasser die sämmtlichen Kinder ernannt seines Vetters, ohne deren Namen oder Anzahl anzu-

geben, ja selbst ohne sie zu kennen, mithin nicht um ihrer eigenen Individualität, sondern blos um ihres Vaters willen, und weil er diesen nicht füglich einsetzen konnte, als seine Blutsfreunde und Glieder seiner Familie, zu seinen Erben mit eingesetzt, auch hiebei, allen Umständen nach, die Absicht, zu ihrer Versorgung und Unterstützung beizutragen, gehabt hat. Nun ist aber die Imploratin nicht nur unter dem gebrauchten Collectionamen begriffen, sondern es sind auch die Beweggründe des Testators auf sie gleichfalls vollkommen passend. Dessen nicht zu gedenken, daß dieser Nachgebohrnen, wenn ihr Vater selbst hätte zum Erben ernannt werden können, die Obrist v. K.sche Erbschaft eben sowol, als ihren Geschwistrigten, zu Gute gekommen seyn würde.

Vergl. Voet. cit. Lib. XXVIII. tit. 5. §. 13. vorzüglich in folgenden Worten:

Generali nomine appellatiuo uocans ad successionem fratrum liberos *sine propriorum nominum aut numeri expressione*, non aliam uideri potest habuisse instituendi caussam, quam *uinculum sanguinis ac cognationis*; ac proinde cum postumi, quocunque tempore nascituri aeque ac iam nati, in pari gradu contingant defunctum — — etiam *aequaliter omnes intelligi debent uocati esse*.

§. 29.

Den aus einzelnen Ausdrücken der testamentlichen Verordnung abgeleiteten Folgerungen (§. 12.) fehlt es an Richtigkeit.

Ad 1. et 2. Es lässet sich nicht behaupten, daß der Testator an nachgebohrne Kinder seines Agnaten gar nicht gedacht und seine Erbseinsetzung auf die bereits Lebenden eingeschränkt habe.

Nicht das Erstere; weil unter den sämmtlichen Kindern, auch die nachgebohrnen mitbegriffen, folglich mit-gedacht sind.

Nicht das Letztere; weil §. 7. das Beiwort: sämmtliche; schlechthin gesetzt und dadurch deutlich genug angedeutet ist, daß das sonst beigefügte: unmündige; nicht in ausschließendem Sinne gebraucht seye.

Non enim in caussa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusiue loquantur nec propriis nominibus ac uocabulis semper utantur.

l. 69. §. 1. Dig. de legat. III.

Da ferner diese Nebenbezeichnung nur in Verbindung mit dem Hauptprädicat: sämmtlich; vorkommt; so ist sie nichts weiter, als eine überflüssige Beschreibung, deren allenfalsige Unrichtigkeit nichts schadet.

l. 48. §. 3. l. 58. §. 1. D. de heredib. instit.

l. 5. Cod. eod.

l. 4. Cod. de testam.

Lauterbach. Coll. th. pract. Lib. XXVIII. tit. 2. et 5. §. 20.

Hellfeld. Iurispr. for. §. 1442.

Hofacker. cit. l. §. 1293.

Thibaut a. a. O. §. 799.

Und obwol die Eigenschaft der Unmündigkeit nicht schon im Augenblick des errichteten Testaments der Nachgebohrnen angemessen war; so konnte sie doch derselben, für den Fall, und für die Zeit, wo sie als Miterbin auftrat, ganz füglich beigelegt werden.

Ueberdies konnte, nach der Analogie der vom Vater seinen Kindern testamentlich gesetzten Vormünder,

l. 5. Dig. de testam. tutor.

auch von dieser nachgebohrnen Tochter gesagt werden, daß ihr schon im Voraus Vormünder gesetzt seyen, da sie sogleich bei ihrer Geburt der von ihrem Vater angeordneten Vormundschaft unterworfen war und an dem in die vormundschaftliche Verwaltung gegebenen väterlichen Vermögen Antheil nahm.

§. 30.

Hält man indeß die vorliegende testamentliche Verordnung, wegen iener beiden Prädicate, wovon das eine alle Kinder des Ad. Wilh. v. K., auch die Nachgebohrnen, umfasset, das andere aber blos die zur Zeit des errichteten Testaments bereits Lebenden zu bezeichnen scheint, für einigermassen zweifelhaft; so kann auch dieses der Imploratin nicht zum Nachtheil gereichen. Denn es soll, überhaupt in zweifelhaften Fällen, humanior et benignior sententia befolgt,

l. 10. §. 1. l. 24. D. de reb. dub.

l. 56. D. de reg. iur.

und insbesondre bei Auslegung der letztwilligen Verordnungen, und vorhandener ambiguitate in uerbis, soll auf die Absicht des Testators gesehen werden.

Facit enim totum uoluntas defuncti, et quid senserit, spectandum est.

l. 35. §. 3. D. de heredit. instit.

Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari &c.

l. 24. D. de reb. dub.

l. 25. §. 1. D. de legat. III.

l. 12. et 96. D. de reg. iur.

Cum manifestissimus est sensus testatoris, uerborum interpretatio nusquam tantum ualeat, ut melior sensu existat.

l. 3. Cod. de liber. praeter.

Conradi de uoluntate testatoris dubia ob errorem in nomine u. demonstrat heredis aut legatar. commiss. Helmst. 1736. Mantica de coniectur. ult. uoluntat. Lib. III. tit. 19. n. 3.

Hofacker. cit. l. §. 227. et 1608. c.

Zachariae Allgem. Hermeneutik des Rechts §. 14. 53. 88. n. III. 105.

§. 31.

Nun ist aber die Absicht des Testators, sowol nach dem, was hierüber bereits bemerkt worden, als

nach dem übrigen Inhalt seines Testaments, woraus erhellet, daß derselbe sein ganzes Vermögen lediglich den drei Branchen seiner Familie habe zuwenden wollen, nicht dem mindesten Zweifel unterworfen. Daher, im gegenwärtigen Falle, die gesetzliche Ausnahme:

A significatione uerborum recedi oportet, cum manifestum sit, aliud sensisse testatorem.

l. 69. pr. D. de legat. III.

eintritt, auch vollkommen anwendbar ist, was Voet a. a. O. ferner schreibet:

Praecipue si consideres, illud haberi pro disposito, de quo, si testator rogatus fuisset, ita fuisset responsurus. Menoch. lib. 4. praesumt. 26. n. 8. Neque enim dubium uideri potest, quin testator, in instituendo solam considerans sanguinis necessitudinem, responsurus esset: aeque postumos ac iam natos — — aequaliter sibi iunctos a se institutos esse, quamdiu illi, qui facti testamenti tempore iam nati erant, docere nequeunt, testatorem non cognationis intuitu, sed propter singularia quaedam iam natorum obsequia, officia atque beneficia *), ad eorum institutionem inductum fuisse. Atque in eam sententiam a me cum aliis responsum memini.

*) Dergleichen Verhältnisse waren aber im gegenwärtigen Falle, actenmäßig nicht vorhanden (s. §. 28.), ja vom implorantischen Litis-Curator selbst nicht behauptet worden.

§. 32.

Bei der ungezweifelten Absicht des Testators, die Kinder des Ad. Wilh. v. K. als Glieder seiner Familie und anstatt ihres Vaters, welchen er nicht füglich zum Erben einsetzen konnte, zu seiner Erbfolge mitberufen zu wollen, bedarf das

ad 3) vorgebrachte keiner besondern Widerlegung; und zwar um so weniger, als die angeführten Gesetzstellen vom Legat und Fideicommiß handeln, von welchen auf die directe Erbseinsetzung nicht sicher geschlossen werden mag.

§. 33.

Endlich erledigt sich dasienige, was

ad 4) zur Widerlegung der Urtheilsgründe der vorigen Instanz angeführt worden, durch den bisherigen Vortrag von selbst, indem

ad a) personae incertae, besonders die postumi alieni, unbeschränkt erbfähig gemacht sind, folglich es nicht darauf ankommt, ob eine solche Person, beim Tod des Erblassers schon existiret, sondern nur, ob sie zu dem — zur Erbschaft gerufenen Personen-Inbegriff gehörig ist;

ad b) die hier bemerkten Verhältnisse der gleich nahen Verwandschaft und nicht geringern Hülfsbedürftigkeit der Imploratin, zur Erforschung des wahren Willens des Testators allerdings beitragen, da desselben Absicht unstreitig gewesen, sein Vermögen seiner Familie, in ihren verschiedenen Zweigen zuzuwenden,

und besonders die v. K.schen Kinder mit einer gewissen Summe zu unterstützen, hiebei aber ganz unbegreiflich wäre, warum derselbe die Nachgebohrnen, vom Antheil an dieser Unterstützung sollte haben ausschließen wollen;

ad c) aber, ausser dem, was vorhin schon wegen dieser, scheinbar beschränkenden Prädicate ausgeführt worden (§. 29.) noch in Betracht kommt, daß die Unmündigkeit der v. K.schen Kinder, weder als einziger, noch auch nur als erster Beweggrund, sondern nur, neben der nahen Blutsfreundschaft, als Mitursache ihrer Erbseinsetzung angenommen worden ist, mithin, wenn auch die Eigenschaft der Unmündigkeit gar nicht als Beweggrund der Disposition, sondern blos als Bezeichnung der Subiecte, angesehen werden könnte, hierauf doch weiter nichts ankäme, sonach die implorantische Folgerung sich in ieder Hinsicht, als unstatthaft darstellet.

§. 34.

Diesem allen nach wurde für Recht erkannt,

daß es, des eingewendeten Rechtsmittels der Restitution ungeachtet, bei dem vorigen, am 18. Julius 1803. eröfneten Erkenntnisse lediglich zu belassen seye. Es sind iedoch auch die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens, aus bewegenden Ursachen, gegen einander zu vergleichen, und die Actenversendungsgebühren von beiden Parteien gleichheitlich zu tragen.

XVI.

I) Ist der Gläubiger befugt, von rückständig gebliebenen Capitalzinnßen, Verzugszinnße oder doch das Interesse morae zu fodern?

II) Wenn ihm Letztres von einem Zinnßrückstandsposten rechtskräftig zuerkannt worden; kann er sodann nicht auch von fernern Zinnsrückständen desselben Capitals, Verzugszinnße oder doch das Interesse morae, ex re iudicata fodern?

§. 1.

Es hat zwar die verneinende Beantwortung dieser beiden Fragen keine große Schwürigkeit. Indeß wurden, im folgenden Falle, die Verzugszinnße von Zinnßen, aus so scheinbaren Gründen gefodert, daß ihre Beurtheilung nicht ohne alles Interesse seyn dürfte.

§. 2.

Der Justitzr. v. R. hatte gegen den Präs. v. D. wegen der im Antony Termin 1800. von einem Capital von 13,000 Rthlr. rückständig verbliebenen ½jährigen Zinnße à 4 pro Ct. mit 52 Stück Friedr. d'or, Klage erhoben und seine Bitte zugleich auf alle durch die unterlassene Zinnßenzahlung verursachten Schäden und durch diese Klage veranlaßten Kosten gerichtet.

Hierauf wurde erkannt, daß Beklagter die im Term. Anton. 1800. rückständig verbliebenen Zinnßen an 52 Stück Friedr.d'or, nebst dem von angestellter Klage an davon verfallenen *Interesse morae*, Klägern zu bezahlen, auch die verursachten Proceßkosten zu erstatten, schuldig seye. Und dieses Urtheil ist in der Folge rechtskräftig geworden.

§. 3.

Noch ehe diese Rechtskraft eintrat, klagte v. K. auf einen weiters verfallenen Zinnsposten, nemlich die von ermeltem Capital, vom Term. Trinit. 1800. bis zum Term. Anton. 1802. verfallenen Zinnße, wobei derselbe zugleich auf die Urtheilsmäßigen *usuras morae* seine Bitte richtete. Anfangs erhielt der Implorant ein bloses Mandat. c. cl.

Nachdem aber die Entscheidung wegen des ersten Zinnsposten (§. 2.) in die Rechtskraft übergegangen war; so erfolgte, auf ferneres Implorantisches Bitten; daß die bedingten Zahlungsbefehle nunmehr in unbedingte verwandelt werden mögten, eine unbedingte, auf das Urtheilsmäßige Interesse morae mitgerichtete Zahlungsauflage. Hiegegen wurde vom Imploraten das remedium restitutionis ordinarium ergriffen, jedoch dasselbe blos in Hinsicht auf das nurerwähnte Interesse morae welches der Kläger von gewöhnlichen Verzugszinnßen verstand, und von dem rückständig gebliebenen Zinnsposten zu 5 pro Ct. berechnete; fortgesetzt, weil der Implorat zu den übrigen Leistungen

sich bereit erklärt hatte. Die hiesige Fakultät hatte sonach blos über diesen Punct zu erkennen.

§. 4.

Dem Gläubiger schien bei seiner Foderung des Interesse morae, ausser der natürlichen Billigkeit und den positiven Gesetzen, insbesondere das vorhin erwähnte rechtskräftige Urtheil zur Seite zu stehen; auf welch Letztres sich derselbe vorzüglich gründete.

1) Die natürliche Billigkeit oder das Rechtsgesetz der Vernunft. Denn dem Gläubiger ist dadurch Schade geschehen, daß ihm die versprochenen Zinnsgelder nicht in den bestimmten Terminen ausgezahlt wurden, mithin derselbe die ihm gebührende Benutzung dieser Gelder auf einige Zeit entbehren mußte.

Dem Schuldner ist durch diese Zögerung Vortheil erwachsen, da er diese verfallenen Zinnsgelder noch zu einer Zeit, wo sie schon dem Gläubiger gebührten, zu seinem Nutzen verwenden konnte.

§. 5.

2) Die positiven Gesetze; insoferne sie ganz allgemein verordnen, daß dem Berechtigten, wenn der Verpflichtete die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unbefugter Weise verzögert hat, der hiedurch erwachsene Schade ersetzt, folglich das Interesse morae vergütet werden solle.

l. 32. pr. et § 2. Dig. de usur.

In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.

Reichsdeputat. Absch. v. 1600. §. 139.

§. 6.

3) Ein rechtskräftiges Urtheil. Nachdem in Betreff der pro Term. Anton. verfallenen 52. Stück Friedr.d'or rechtskräftig erkannt worden, daß dem Kläger von diesen Zinnsgeldern das Interesse morae zu entrichten seye; so ist, wie es scheint, eben hiedurch, auch wegen aller übrigen rückständig gebliebenen Zinnstermine, Ebendasselbe als rechtskräftig entschieden anzunehmen.

Denn diese von demselben Capital ferner verfallenen Zinnsposten sind den zuerst eingeklagten völlig gleich; sie werden aus demselben Rechtsgrunde, wie der Term. Anton. 1800. gefodert.

Will man sich einen Rechtsstreit hierüber als möglich gedenken; so würden dabei dieselben Parteien auftreten und aus denselben Gründen miteinander streiten müssen. Mit einem Wort, ebenderselbe Fall, welcher schon rechtskräftig entschieden ist, würge nochmal zur Entscheidung ausgesetzt seyn. Dagegen kommt, allem Ansehen nach, dem Kläger die gesetzliche Verordnung zu statten,

in leg. 7. pr. et §. 4. D. de except. rei iud.

Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet. Nam pars

in toto est. — — Et generaliter exceptio rei iudicatae obstat, quotiens *inter easdem personas eadem quaestio* reuocatur. —

§. 7.

Bei näherer Erwägung zeigt sich iedoch, daß diese Verzugszinnßen-Foderung in ieder Rücksicht unstatthaft ist.

ad 1) Hier gereicht dem Kläger zum Nachtheil, daß er in der That nicht ein erweisliches *Interesse morae* im eigentlichen Sinne *), sondern wahre Verzugszinnßen mit 5 pro Ct. von den stipulirten rückständig gebliebenen Zinnßen gefodert hat. Denn das Rechtsgesetz der Vernunft kennet nur die Pflicht zum Ersatz erweislicher, aus Nichterfüllung einer Verbindlichkeit entstandener Schäden im weitern Sinne; (damnum emergens und lucrum cessans) nicht aber die blos positiv-gesetzliche Bestimmung der Verzugszinnße zu 5 pro Ct. welche ohne vorgängigem Erweis eines erlittenen Schadens oder entgangenen sichern Vortheils gefodert werden können und welche der Kläger, unter dem Namen des Interesse morae, eigentlich gefodert eben daher auch zum Beweise des Schadens sich nicht verbunden erachtet hat.

---

*) Wiewol selbst dieses, in Hinsicht auf Zinnsposten, von angesehenen Rechtslehrern verworfen wird Cocceji de anatocismo Sect. 4. §. 5.

§. 8.

ad 2) Daß nun aber dergleichen Verzugszinnße von rückständigen Zinnsgeldern, in den positiven Gesetzen nicht begünstigt vielmehr deutlich verworfen sind; ist allgemein bekannt. Man sehe

leg. 29. l. 34. et l. 15. D. de usur.

l. 26. §. 1. D. de condict. indeb.

l. 28. Cod. de usur.

l. 3. Cod. de usur. rei iud.

ReichsAbsch. v. 1500. §. 31.

Ant. Fab. in Cod. Lib. IV. tit. 24. def. 4.

Meu. Decis. P. VI. d. 328. P. VIII. d. 232.

Hofacker. Princ. Iur. Rom. Germ. §. 1840.

Cocc. cit. diss. Sect. 5.

Vergeblich wird hiegegen

l. 32. pr. et §. 2. de usur.

angeführt, da dieses Fragment blos von Verzugszinnßen des Hauptstamms spricht. Und eben so vergeblich bezieht man sich auf einige andre Gesetzstellen, z. B.

leg. 58. §. 1. Dig. de administrat. et peric. tutor.

l. 10. §. 3. D. Mandati.

Denn hier ist blos von solchen Zinnßen die Rede, welche die Eigenschaft der Zinnße bereits verlohren und dagegen die Natur eines Hauptstamms angenommen haben.

Auch wird hiebei noch überdies vorausgesetzt, daß die Person des Schuldners sich verändert habe.

Dergleichen Ausnahmen beweisen so wenig wider die Regel, daß sie diese vielmehr bestärken.

§. 9.

ad 3.) Die Frage: ob Kläger, bei seiner dermaligen Foderung, sich auf ein rechtskräftiges Urtheil gründen könne? muß nothwendig verneint werden.

Denn die actio iudicati sowol, als die exceptio rei iudicatae erfodert, nach der Natur der Sache, und nach den Gesetzen, die Identität a) der Personen, b) des Streitgegenstands, c) des Klaggrunds; und sobald eines dieser wesentlichen Stücke mangelt, kann die genannte Klage oder Einrede nicht statt finden.

l. 7. pr. et §. 4. l. 12. 13. 14. D. de except. rei iud.

Cum quaeritur, haec exceptio noceat, nec ne? inspiciendum est, an *idem* corpus sit; quantitas *eadem*, *idem* ius, et an eadem caussa petendi et eadem conditio personarum: *quae nisi omnia concurrunt, alia res est.*

Zanger. de except. P. III. cap. 17. n. 5. 6. 14. et 44. sqq.

Berger. Oecon. iur. Lib. IV. tit. 18. th. 3. not. 14.

Eichrodt. diss. de ui rei iudic. (Gött. 1779.) §. 18. sqq.

§. 10.

§. 10.

Dermal fehlt es nun aber an der Identität des Streitgegenstands. Nur über die bis zum Antony-Termin 1800. verfallenen Zinnße sammt dem Interesse morae hatte der Kläger ein rechtskräftiges Urtheil ausgewirkt; hingegen die iezige Klage hat andere, erst später fällig gewordene Zinnße mit den Verzugszinnßen davon *), zum Gegenstand; worüber bei den erstern Verhandlungen noch nicht gestritten worden, und wovon also das hierauf erfolgte, rechtskräftig gewordene Erkenntniß nicht verstanden werden kann.

Fratr. Becmannor. Consil. P. II. dec. 77.

Wollte man auch zu Gunsten des Klägers sagen, daß doch wegen Identität des Klaggrunds und der Parteien, ein dem rechtskräftigen Urtheile gleichförmiges Erkenntniß mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten seye; so konnte ia das noch zu erwartende Urtheil nicht schon im Voraus als wirklich vorhanden und rechtskräftig betrachtet werden. Auf ein solches hatte aber der Kläger sein Gesuch gegründet. Selbst iene Hofnung war keineswegs zuverläßig, weil der Beklagte der neuen Klage vorhin versäumte oder neuentstandene Einreden entgegensetzen und dadurch eine andere Entscheidung bewirken konnte, auch im vorliegen-

*) Welche mit dem in der erstern Sache gefoderten auch zuerkannten Interesse morae nicht gleichbedeutend sind. s. §. 7.

den Falle solche Veränderungen eingetreten waren, daß der Beklagte nun die Einreden der Entsagung und der Rechtskraft, deren Grund iedoch hier nicht ohne Weitläufigkeit entwikelt werden könnte, vorzuschützen, befugt war.

§. 11.

Es wurde daher erkannt:

Nunmehr aus den Acten zu befinden, daß es bei dem, unterm 24. Jul. 1802. erlassenen Mandato s. Cl. was das, dem Beklagten auferlegte urtheilsmäßige Interesse morae betrift, nicht zu lassen, vielmehr der Kläger mit dieser im rechtskräftigen Urtheil vom 13. April 1801. keineswegs gegründeten, auch sonst unstatthaften Verzugszinnßen-Foderung schlechterdings abzuweisen seye.

XVII.

Vom Beweise des unvordenklichen Besitzstands.

§. 1.

Die verwittibte Müllerin zu Grub, Marg. v. B. und die vorigen Inhaber ihrer Mühle waren, wie Erstere behauptete, zum Behuf ihrer Mühle, im unvordenklichen Besitz des Wassers aus einer auf der Bürgermeister-F.schen Wiese befindlichen Quelle.

Im Jahr 1802. wollte nun die Eigenthümerin der Quelle den Gebrauch des daraus kommenden Wassers an iemand Andern, den Fabrikanten L., überlassen. Die Müllerin B. kam hierüber mit L. in Streit.

Bei einem hiedurch veranlaßten Augenschein fand man, daß diese Quelle auf der Fn. Wiese entspringe, iedoch das Wasser derselben sowol, als das weiter oben herunterkommende, durch einen itzt abgebrochenen Teich der Fn., über den hinaufwärts gehenden Fuhrweg quer in den Grund (Schrötersgrund) laufe, und aus diesem, mittelst des hier befindlichen Hauptgrabens, in welchen sich alles Wasser und die Quellen dieses ganzen Grunds sammeln, in den Bn. Mühlgraben komme.

Die Müllerin versicherte noch die Unentbehrlichkeit dieses Quellwassers für ihre Mühle; welche von einigen beim Augenschein anwesenden Gemeingliedern bezeugt wurde.

§. 2.

Hierauf ergieng folgender Amtsbescheid, wobei sich beide Parteien beruhigten:

Dieweil — — klagende Müllerin behauptet, daß sie sich im unvordenklichen Besitz des aus dieser Quelle kommenden Wassers befinde: Als ist dieselbe, den gerühmten Besitzstand des Wassers aus sothaner Quelle, binnen Sächs. Frist, wie Recht zu erweisen schuldig; wobei Beklagtem der Gegenbeweis, beiden Theilen die Eydesdelation und andere rechtliche Nothdurft vorbehalten bleibet.

§. 3.

Nach geführtem Beweise und Gegenbeweise, wurde ein Facultätsurtheil dahin eröfnet:

daß Klägerin dasienige, was ihr zu erweisen obgelegen und sie sich angemasset, wie Recht, nicht erwiesen; derowegen Beklagter von der Klage zu entbinden und loszuzählen, Klägerin auch die dadurch verursachten Unkosten — — Beklagtem zu erstatten, schuldig.

Bei der von Seiten der Producentin hiegegen gebrauchten Leuterung kam es nun vornemlich auf die

Frage an: was eigentlich derselben, in Gemäßheit des rechtskräftigen Amtsbescheids, zu erweisen oblag *)?

§. 4.

Der Leuterat behauptete: diese Beweisauflage müsse von einem rechtlichen Besitz verstanden werden; d. i. nach Ebendesselben Erklärung, von einem solchen, wobei es nicht einerseits am facto contradictorio und andererseits an der Beruhigung hiebei mangele. Es habe also die Klägerin

a) einen rechtlichen — und b) einen unvordenklichen Besitz des in Frage stehenden Quellwassers darthun sollen.

Sie habe aber von diesen beiden Momenten keines erwiesen.

§. 5.

I) Nicht den rechtlichen Besitz des Quellwassers.

Denn es haben die Beweiszeugen

ad Art. prob. 11. 12. 28.

1) nur so viel ausgesagt, daß Klägerin und ihr Ehemann, als Besitzer der Mühle zu G., das iezt strei-

*) Zwar hatten die Parteien auch über die Glaubwürdigkeit der Zeugen gestritten. Man übergehet iedoch, Kürze halber, diesen Punct, zumal das angeführte Definitiverkenntniß auf eine Verwerflichkeit der Zeugen nicht gegründet ist.

tige Quellwasser ieder zeit zum Betrieb ihrer Mühle gehabt; daß solches Wasser den Weg, wie iezt noch, ungehindert in den Schrötersgrund und durch den darin deßhalb vorhandenen Graben in den Mühlbach gekommen sey, auch noch iezt mit anderm Wasser dahinlaufe; wovon sie zur Ursache angegeben: weil das Wasser nicht anders, als Bergab und in die Mühle laufen könne;

Hingegen

2) keine Besitzeshandlungen der Klägerin, noch daß sie an dem Graben, worin das Wasser geflossen, etwas handthieret oder sonst zur Herbeileitung des Wassers in den Schrötersgrund etwas gethan habe, bezeugen können.

§. 6.

Daher habe

3) die Bürgermeisterin F. als Eigenthümerin der Quelle, dadurch, daß sie bisher, das Wasser derselben den Berg ab, wohin es gekonnt und also in der Klägerin Mühlgraben, hat laufen lassen, eben so wenig die Befugniß, über diese Quelle zu disponiren, verlohren, als Klägerin das Recht, Jener eine andere Disposition über die Quelle zu untersagen, sich erworben habe, da bis iezt, auf Seite der Klägerin, kein factum contradictorium vorgekommen, noch seit der Fn. Beruhigung dabei, die erfoderliche Veriährungszeit abgelaufen seye.

Leyser. Medit. ad Pand. Spec. 462. m. 3—6.

Possessio in rebus merae facultatis incipit demum ex eo tempore, quo quis alterum, ne iure communi utatur, prohibuit, isque in hac prohibitione adquieuit. — — Res merae facult. solo non-usu non exstinguuntur, quamuis longissimum et immemoriale tempus accesserit.

§. 7.

Und es komme hiegegen

4) die Deposition des ersten Zeugen:

Wenn das Wasser seinen Fortgang nicht gehabt; so hätten die Mühlleute aufgemachet, daß das Wasser sich nicht gestemmt;

keineswegs in Betrachtung, weil dieses Aufmachen, bei der noch vorhandenen Connivenz der Quelleigenthümerin, unbeschadet ihrer Rechte, noch in der Entfernung von der Quelle selbst, habe geschehen können, auch der Zeuge weder den Ort des Aufmachens näher bestimmt, noch die Zeit und seit wann solches geschehen, angegeben hat.

§. 8.

Gleichergestalt können

5) die Aussagen der Zeugen

ad Art. prob. 13. 14.

daß nemlich das Wasser, auch schon bei den Vorwesern der Klägerin, seinem natür-

lichen Laufe nach, den Berg hinab, in der Klägerin Mühlbach gekommen sey;

nichts erheben, am wenigsten einen rechtlichen, zum Erwerb durch Verjährung erfoderlichen Besitz erweisen, da dieses alles merae facultatis gewesen, mithin der Klägerin, selbst der Umstand, daß dieses Herunterlaufen des Wassers in ihren Mühlgraben, bisher öffentlich und ohne Widerspruch, und insoferne nicht unrechtmäßiger Weise, geschehen ist, allein nicht zu statten kommen möge.

§. 9.

II) Selbst den unvordenklichen Besitz des Quellwassers habe die Klägerin nicht auf gehörige Weise dargethan.

Denn

1) sind ihre sämmtlichen Beweisartickel nur auf den Besitz der bestimmten Zeit von 1. 2. 3. 4. 5. 10. 20. 30. und mehr Jahren gerichtet;

2) Wenn gleich die übrigen sieben Zeugen (nur mit Ausnahme des ersten) diesen Besitz beiaheten und dabei aussagten, daß sie niemals anders gehöret haben; so seye dieses doch nur von der bestimmten Zeit, wovon sie deponiret, zu verstehen, zumal dieselben zugleich bekannten, daß sie mit niemand darüber gesprochen und nichts davon vernommen haben.

3) Durch den zwar recognoscirten alten Receß v. 1616. stehe der Besitzstand überhaupt nicht zu er-

weisen, und habe also noch weniger der behauptete unvordenkliche Besitz dadurch erwiesen werden können.

§. 10.

Die hiesige Facultät war iedoch des Dafürhaltens, daß die Klägerin den ihr auferlegten Beweis nothdürftig vollführt habe.

A) Vordersamst kam in Erwägung, daß die sonst streitige *) Rechtsfrage: ob in Hinsicht auf res merae facultatis die sogenannte Immemorialpräscription statt finde? dermal keiner Erörterung bedurfte, nachdem die Entscheidung des Streits lediglich von dem auferlegten Beweise des gerühmten (d. i. unvordenklichen) Besitzstands des Quellwassers abhängig gemacht worden, und daß folglich iezt nur allein zu untersuchen war, ob der rechtskräftigen Beweisauflage (§. 2.) das Genügen geschehen seye?

B) Man mogte nun aber bei dem klaren Inhalt dieses Amtsbescheids stehen bleiben oder die Frage: worin bei der Immemorialpräscription das Beweisthema bestehe? nach gemeinrechtlichen Grundsätzen beantworten; so ergab sich immer dasselbe Resultat, daß nemlich die Producentin nichts anders, als den unvordenklichen Besitzstand darzuthun habe.

§. 11.

Der Amtsbescheid fodert von ihr blos den Beweis des gerühmten Besitzstands des Wassers aus

*) Rauii Princ. doctr. de praescript. §. 13.

sothaner Quelle, und muß sonach aus der Berühmung der Klägerin erklärt werden. Da nun diese nur schlechthin eines unvordenklichen, nicht aber eines noch ausserdem so oder so qualificirten Besitzstands des erwähnten Quellwassers sich berühmt hat; so kann also die Beweisauflage nur von einem unvordenklichen, nicht aber zugleich von einem mit gewissen andern Eigenschaften versehenen Besitz verstanden werden.

Es hatte folglich die Klägerin nur zu erweisen, daß sie und die vorigen Mühlbesitzer das in Frage stehende Quellwasser seit unvordenklicher Zeit, zum Betrieb ihrer Mühle, öffentlich und ohne iemands Widerspruch besessen und benutzt haben.

Und es war genug, wenn die Zeugen gehörigen Alters aussagten:

1) daß, so weit ihre Erfahrung reicht, der streitige Besitz stets statt gefunden habe;

2) daß sie auch von ihren Vorfahren das Gegentheil nie gehört haben.

§. 12.

Sieht man auf die gesetzliche Natur der sogenannten Immemorialpräscription; so ist auch hiernach nichts mehrers erfoderlich, als der fortdauernde Besitzstand über eine Zeit,

cuius non existit memoria.

l. 3. §. 4. Dig. de aqua cottid.

l. 2. §. 8. et l. 26. D. de aqu. et aqu. pluu. arc.

cap. 26. X. de uerb. signif.

cap. 1. de praescript. in VI.

Reichsabsch. v. 1548. §. 56. 59. 64.

R. A. v. 1556. §. 103.

Rau. cit. l. §. 171. 181. 193.

Thibaut Syst. d. Pand. R. (IIte Ausg.) §. 1018. 1048.

"Ist iemand nicht mit solchen Eigenschaften ver„sehen, daß er binnen dieser Fristen (der praescriptio„nis definitae) durch Veriährung einen Vortheil er„langen kann: so wird er dennoch geschützt, wenn er „sich seit unvordenklichen Zeiten, in dem iezt „streitigen Zustande befunden hat. Das Lezte nennt „man — — unvordenkliche Veriährung. — „— Das Wesen der unvordenklichen Veriährung be„steht darin, daß der, welcher sich über Menschen „Gedenken in einem ununterbrochenen Zustan„de befunden hat, eben deßwegen so behandelt und „angesehen wird, als habe er dazu, durch ein gülti„ges Geschäft, ein Recht erworben.

§. 13.

Und eben dieser über Menschen Gedenken fortdauernde Besitzstand vertritt die Stelle eines gerechten Titels; oder es entspringt aus einem solchen Besitz die Vermuthung des nicht-fehlerhaften Anfangs, somit der Rechtmäßigkeit des Besitzstands, ia des Rechts selbst.

l. 1. in fin. l. 2. pr. et §. 7. l. 26. D. de aqua et aqu. pluu. arc.

Vetuſtas ſemper pro lege habetur. — — Plane ſi foſſam *iure factam aut cuius memoria non exſtat*, agi tecum poſſe &c. — — Solere eos, qui iuri dicundo praeſunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem uetuſtas daret, tametſi ius non probaretur.

l. 3. §. 4. D. de aqua cottid. et aeſt.

Ductus aquae, cuius origo memoriam exceſſit, iure conſtituti loco habetur.

l. 26. D. de probat.

Quum omnium eſt opinio, nec audiſſe nec uidiſſe, quum id opus fieret, neque ex eis audiſſe, qui uidiſſent aut audiſſent; et hoc ſimiliter ſurſum uerſum accidet, quum memoria operis non extaret.

Ockel. de praeſcript. immemor. cap. VIII. th. 10.

Boehmer. I. Eccl. Proteſt. Lib. II. tit. 26. §. 39. ſqq.

Id. de praeſcript. immem. contra leges, maxime prohibit. §. 10.

Wernher. de uera circa praeſcript. immem. ſententia §. 4. et in Obſeru. ſel. for. P. IV. Obſ. 5.

Strubens Rechtl. Bed. Th. III. Bed. 64. §. 4.

Höpfners theor. pract. Comment. üb. d. Heinecc. Inſtitut. (VII. Aufl.) §. 406.

Thibaut Ueb. Beſitz und Verjähr. §. 74. fgg.

§. 14.

Dies vorausgesetzt lassen sich die obigen Zweifelsgründe (§. 5.) ohne Schwürigkeit heben.

ad I) kann es der Klägerin nicht schaden, daß sie einen rechtlichen Besitz der obermelten Art, wobei nemlich sie oder ein voriger Mühlbesitzer einer beabsichteten Entziehung dieses Quellwassers widersprochen, der Wiese- und Quelle-Eigenthümer aber die rechtserfoderliche Veriährungszeit hindurch, bei diesem Widerspruch sich beruhigt habe; nicht erwiesen und nicht zu erweisen gesucht hat. Denn diese Erfodernisse beziehen sich auf die eigentliche, namentlich die erwerbende Veriährung, wobei durch den eine gewisse Zeit fortgesetzten Besitz, eine Sache oder ein Recht erworben werden soll.

Berger. Oeconom. iur. Lib. II. tit. 2. th. 23.

Boehmer. I. Eccl. Protest. cit. l.

Struben a. a. O.

Hellfeld. Iurispr. for. §. 1766.

Thibaut a. a. O. §. 75. 77.

Dahingegen durch die sogenannte Immemorialpräscription, welche sich von der eigentlichen Veriährung und deren Arten sehr unterscheidet,

cap. 1. de praescript. in VIto.

Vbi est ei (qui rem praescribit ecclesiast.) ius commune contrarium — — bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui

possessori caussam tribuat praescribendi, *nisi tanti temporis adlegatur praescriptio, cuius contrarii memoria non exsistat.*

Boehmer. cit. l.

Prohibita et praeclusa praescriptione omni, immemorialis non censetur exclusa, quippe quae proprie dicta non est praescriptio.

Leyser. cit. l. Sp. 461. m. 7.

Thibaut a. a. O. §. 75.

keineswegs eine Sache oder ein Recht erst erworben, sondern im Gegentheil die Vermuthung des vorlängst geschehenen rechtmäßigen Erwerbs begründet wird.

S. die im vorhergehend. §. angeführten Gesetze und Schriftst.

Es kommt also hiebei, wie oben schon bemerkt worden, lediglich auf den unvordenklichen Besitz, somit auf den Beweis an, daß niemand einen andern Zustand der Sache aus eigener Erfahrung kenne oder von Andern wisse.

Raue cit. l. §. 180. 81.

Hellfeld. cit. l. §. 1774. n. 1. 2.

Hofacker. Princ. I. Rom. Germ. §. 982. 83.

Thibaut a. a. O. §. 81.

§. 15.

Am Beweise dieses unvordenklichen Besitzstands — und nur dieser war der Klägerin auferlegt (§. 2.) — mangelt es nun aber derselben, laut

des Augenscheinsprotocolls und der Zeugen-Aussagen, keineswegs.

Was **zuerst** den **Besitz** betrift; so hat dieselbe und ihre Vorweser

ad 1) das streitige Quellwasser nicht etwan durch einen blinden Zufall, **blos gehabt**, **sondern eigentlich besessen**, d. i. zum Betrieb ihrer Mühle, durch geflissentliche Leitung desselben in einen **deßhalb vorhandenen** Graben, welcher, bezeuge des Leuteratischen Risses, bis an den Mühlgraben fortgeführt ist, und wodurch folglich das Wasser in den Mühlgraben nicht blos gekommen, sondern **geleitet** worden, öffentlich, ohne irgend iemands Widerspruch, gebraucht und benutzt.

Hiegegen erregt die obangeführte Zeugenaussage, nach welcher es scheinet, als ob das Wasser, ohne Zuthun der Mühlbesitzer, blos durch Natur-Nothwendigkeit in die Mühle fließe, keinen statthaften Zweifel. Denn es kann diese Aeußerung, wenn man sie theils mit andern Aussagen eben derselben Zeugen, besonders mit der: daß das Wasser, durch den im Schrötersgrund

deßhalb vorhandenen Graben,

in den Mühlbach gekommen; theils mit dem vorhin schon erwähnten Befund der Ocularinspection (§. 1.) zusammenhält, theils selbst nach dem Leuteratischen Grundrisse, nach welchem dieser Graben soweit nordöstlich fortgeführt ist, als nöthig war, um seine Was-

ser in den Mühlgraben zu leiten; keinen andern Sinn haben, als daß das streitige Quellwasser, nachdem es einmal in den deßhalb vorhandenen Graben geleitet war, und nach der — Letzterm gegebenen Richtung, nicht anders, als in die Mühle, habe laufen können und müssen.

§. 16.

ad 2. 3. 4.) Bei diesen Umständen kommt es auf besondre Besitzes-Handlungen weiter nicht an, sondern es ist schon genug, daß die Mühlbesitzer fortdauernd das absichtlich in den Mühlbach geleitete Quellwasser zum Betrieb ihrer Mühle öffentlich gebraucht und benutzt haben, auch niemand einen andern Zustand der Sache anzugeben weiß. Es findet daher die bereits angeführte

lex 3. §. 4. D. de aqua cottid.

nach welcher eine über Menschen Gedenken bestehende Wasserleitung die Stelle des Rechtstitels vertritt, mit andern ähnlichen Vorschriften der Gesetze, unstreitig ihre Anwendung.

Ueberdies hat der erste Zeuge das Aufmachen des Grabens durch die Mühlleute, bei Wasser-Stemmungen, bezeugt. (§. 5.) Welchemnach hier keineswegs der Fall eines blosen Nichtgebrauchs obwaltet.

Und obwol eine Widerspruchs-Handlung einer- und die Beruhigung hiebei andererseits, ingleichen daß nachher der Besitz eine bestimmte Zeit hindurch fortgedauert habe; nicht erwiesen, ia die Beweisführung

der

der Klägerin auf dergleichen factische Verhältniße gar nicht gerichtet ist; so ist doch vorhin (§. 12. 13.) schon gezeigt worden, daß es dermal, wo nicht von einer wahren Veriährung (species praescriptionis definitae) die Rede, auf alle iene Verhältnisse im mindesten nicht ankommt.

§. 17.

Eben daher ist es der Klägerin unnachtheilig, wenn auch die erwähnte Aussage des ersten Zeugen ganz ausser Betrachtung bleibt, zumal der Fn. doch immer bekannt seyn mußte, daß auch das Wasser ihrer Quelle in ienen Hauptgraben, wodurch alle Wasser dieses Grunds der Bn. Mühle zugeführt werden, geleitet seye und fließe.

Und die oben behauptete Connivenz der Quelleigenthümerin, ia selbst ein allenfalsiger — freilich höchst unwahrscheinlicher — Mangel der letztern Kenntniß konnte derselben nichts nützen, weil die Immemorialpräscription eine Rechtsvernachläßigung, und andre Requisite der eigentlichen Veriährung nicht erfodert, sondern ihr Wesen blos darin bestehet, daß der Besitz allein, wenn ihn uetustas geheiligt hat, den Rechtstitel und rechtmäßigen Erwerb begründet und erweiset.

Ziegler. de iurib. maiest. L. I. cap. 5. §. 91.

Ockel. cit. l.

Boehmer. I. Eccl. Protest. cit. l.

Kreſs. diff. cit. cap. II. §. 3. 11.

§. 18.

ad 5) Wenn sogar der unvordenkliche, auch öffentlich und ohne iemands Widerspruch ausgeübte Besitz der Mühl-Inhaber, der Klägerin nicht zu statten kommen soll, weil doch in Hinsicht auf die Eigenthümerin der Quelle, das Herunterlaufenlassen des Wassers merae facultatis gewesen; so steht dieser Behauptung einestheils die Rechtskraft der Beweisauflage, wodurch die Entscheidung des Streits lediglich vom Erweis des gerühmten unvordenklichen Besitzstands abhängig gemacht worden, entgegen, anderntheils beruht dieselbe auf ganz unhaltbaren Gründen, nemlich

a) auf dem längstverworfenen irrigen Begriff der Immemorialpräscription, wornach man diese zum modus acquirendi machen will, das sie doch keinesweges ist;

Boehmer. cit. l. §. 39. 43.

Strubens Rechtl. Bed. a. a. O.

b) auf der gleich irrigen (in gegenwärtiger Sache noch überdies irrelevanten) Meinung, als ob die Immemorialpräscription in Hinsicht auf res merae facultatis, schlechterdings unzuläßig wäre; welches sich doch, besonders in Ansehung affirmativer Rechte, wobei ein eigentlicher Besitz möglich ist, nicht behaupten,

Ockel. cit. l. cap. VII. th. 33.

Struben a. a. O.

Estor de abusu rer. mer. facult. cap. 1. §. 14. f.

Raue cit. l. §. 13. d.

Höpfners Comment. §. 406. f.

und am wenigsten in Fällen der vorliegenden Art, mit den Gesetzen vereinigen lässet.

Soep. cit. l. 3. §. 4. D. de aqua cottid.

l. 26. D. de aqua et aqu. pluu. arc.

§. 19.

ad II) Was die unvordenkliche Dauer dieses Besitzstands betrift; so haben

1) die sämmtlichen Zeugen ausgesagt, daß die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann, Ch. v. B. das Wasser von der fraglichen Quelle iederzeit und seit 30. und mehr Jahren, zum Betrieb ihrer Mühle gehabt (benutzt) haben, ingleichen, daß dasselbe, wie der Fe. Teich noch nicht eingegangen war, auch iederzeit aus diesem Teich, den Weg, so wie ietzt noch, in den Schrötersgrund und durch den darinnen deßhalb vorhandenen Graben, ungehindert gekommen seye.

Noch ausserdem haben der I. II. III. IV. und VIte Zeuge, welche zur Zeit ihrer Aussage, das Alter von resp. 52—80. Jahren erreicht hatten, von der Klägerin und ihres verstorbenen Manns Vorfahren, Pancratz R. und Hanns v. B. bezeugt, daß auch dieselben, als Besitzer dieser Mühle, das Wasser ieder-

zeit und seit 10. 20. 30. Jahren, zum Betrieb der Mühle, gehabt haben.

Durch diese Aussagen ist sonach gewiß, daß der ietzige Besitzstand der Klägerin, bei ihr und den vorigen Mühleigenthümern, — soweit die Zeugen zurückdenken können — iederzeit auf eine gleichförmige Art existirt und fortgedauert hat, auch sämmtliche Zeugen keinen andern Zustand der Sache kennen.

§. 20.

Da nun die mehresten Zeugen noch ferner deponirten, daß die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann ihre Mühle etlich und 30. Jahre besessen haben; so ergiebt sich, mit Hinzurechnung der wenigstens 30. Besitziahre der nächstvorhergehenden beiden Mühleigenthümer, schon ein mehr als 60iähriger Besitz des streitigen Quellwassers; welchen der erste, 80iährige Zeuge, durch die specielle Aussage:

> die Mühle sey schon seit 60. Jahren, bei der Bn. Familie; denn Zeuge habe 1744. geheyrathet, zu welcher Zeit der alte Müller, Hans v. B. die Mühle schon besessen habe;

noch weiters bestärkt hat.

Ein dergleichen auf 60. Jahre und darüber sich erstreckender Besitz ist aber nach dem Zeugniße bewährter Rechtslehrer, und dem Gerichtsgebrauch, zur unvordenklichen Veriährung hinreichend.

Hofacker. Princ. I. Rom. Germ. §. 982.

Non sufficit recordatio citra 40. annos, neque tamen etiam requiritur definitus aliquis annus ultra 40.

§. 21.

2) Die sämmtlichen Zeugen, nur mit Ausnahme des ersten (welcher über den 14ten Beweisartickel nicht vernommen worden) haben nicht minder bezeugt,

daß sie niemals anders gehöret; mithin daß sie einen andern Zustand der Sache eben so wenig von Andern wissen, als aus eigener Erfahrung kennen. Und es kann dieses Zeugniß nicht von einer bestimmten Zeit verstanden werden, da der 14te Beweis Art. worauf diese Aussagen erfolgt sind, im unmittelbaren Zusammenhang mit den Art. Prob. 12. und 13. stehet, nach welchen die Klägerin und die genannten vorigen Mühlbesitzer das iezt streitige Quellwasser iederzeit, so weit nemlich der Zeugen eigene Erfahrung reicht, besessen haben. In Hinsicht auf diesen Zeitraum bedurften sie des Hörensagens nicht. Es konnte folglich ihre Meinung bei Beantwortung des 14ten Art. nur diese seyn, daß sie von einem andern Zustand der Sache überall nicht, somit auch nicht aus den ältern, über ihre eigene Erfahrung hinausgehenden Zeiten gehört haben.

§. 22.

Da übrigens weder gesetzlich verordnet noch in der Natur der Immemorialpräscription gegründet ist,

daß die Zeugen von ihren Vorfahren eben gehört haben müßten, wie diese niemals das Gegentheil wahrgenommen, vielmehr zum Begriff des Unvordenklichen schon genug ist, wenn nur die Zeugen von einem andern, als dem ihnen bekannten Zustand der Sache, nie gehöret haben;

Pufendorf. l. c. §. 7.

Sufficit, si testificentur testes, se aliter a maioribus non accepisse, neque ullum nominent, quocum de ea re collocuti sint.

Müller. ad Leyser. Obs. 736.

Thibaut a. a. O. §. 81. f.

so ist der geführte Beweis allerdings für hinreichend zu achten, und dieses um so mehr, als der Leuterat im Gegenbeweise einen andern Zustand der Sache zu irgend einer Zeit weder erwiesen, noch auch nur zu erweisen, unternommen hat.

Quodsi enim quis immemorialem praescriptionem probaturus testem producat, qui se nunquam aliud audisse, deponere possit, nec probatio de contrario in promptu sit, praescriptio immemorialis probata dici potest. — — Reprobatione deficiente utique is, qui possessionem ultra 40. annos continuatam per testes s. de auditu, s. de ipsa experientia, s. affirmatiue s. negatiue deponentes, probare potest, praescriptionem immemorialem demonstrasse dicendus erit.

Müller. ad Leyser. cit. l.

§. 23.

3) Es ist unstreitig, daß auch Urkunden zum Beweise der unvordenklichen Veriährung, gebraucht werden können, wenn sie nur dasienige oder doch etwas von dem enthalten, worauf es bei diesem Beweise ankommt.

Raue cit. l. §. 184.

Hofacker. §. 983.

Thibaut a. a. O. §. 84.

Und obwol Urkunden allein nicht leicht zum vollkommenen Beweise der Immemorialpräscription hinreichen werden; so leidet es doch keinen Zweifel, und ist durch die Erfahrung bestätigt, daß sie, mit und neben den Zeugen, allerdings nützlich seyn können.

Auch in gegenwärtiger Sache war der Zeugenbeweis durch den alten Receß von 1616. einigermassen unterstützt worden, insoferne daraus erhellet, daß die Besitzer der Mühle zu Grub, schon damals an dem den Schröter- und Gruber-Grund herabfließenden Wasser ein Recht gehabt und in dessen Besitz, zum Betrieb ihrer Mühle sich befunden haben.

Es kam iedoch hierauf nichts an, da der Zeugenbeweis allein, auch abgesehen von der Meinung angesehener Rechtslehrer, daß bei der Immemorial-Präscription, leuior probatio zuzulassen seye,

Ockel. cit. l. cap. XII. §. 1.

Kreſs cit. diſſ. cap. IV. §. 8.

für hinreichend geachtet werden mußte.

§. 24.

Diesemnach wurde erkannt:

Nunmehr aus den Acten zu befinden, daß es bei dem am 10. Aug. 1804. eröfneten Erkenntnisse nicht zu lassen seye, sondern die Klägerin, was ihr zu erweisen auferlegt worden und sie sich angemasset, zur Nothdurft erwiesen habe. Es ist dieselbe daher bei dem unvordenklichen Besitzstande des in Frage stehenden Quellwassers billig zu schützen, der Beklagte aber der Ableitung desselben, bei Strafe von 20. Rsthlr. sich gänzlich zu enthalten, schuldig.

Bayerische Staatsbibliothek München

33075
X X.84
II.89.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Götz, Martin W.

Rechtliche Entscheidungen der juridischen Facultät zu Altdorf

Nürnberg 1808

Decis. 48
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396908-3